



**PROTECCIÓN
JURÍDICA DE LOS
DERECHOS
HUMANOS**

ESTUDIOS COMPARATIVOS
HÉCTOR FIX-ZAMUDIO



COMISIÓN NACIONAL DE LOS
DERECHOS HUMANOS

M É X I C O

HÉCTOR FIX-ZAMUDIO

PROTECCIÓN JURÍDICA
DE LOS DERECHOS HUMANOS
ESTUDIOS COMPARATIVOS

SEGUNDA EDICIÓN AUMENTADA



MÉXICO, 1999

Primera edición: abril, 1991
ISBN: 968-805-660-X

Segunda edición: junio, 1999
ISBN: 970-644-170-0

© **Comisión Nacional
de Derechos Humanos**
Periférico Sur 3469
esquina Luis Cabrera,
Col. San Jerónimo Lídice,
C. P. 10200, México, D. F.

Diseño de portada:
Flavio López Alcocer

Impreso en México

*Al ilustre constitucionalista y ministro de la
Suprema Corte de Justicia, Felipe Tena Ramírez,
ejemplo y guía.*

CONTENIDO

Presentación	13
Prólogo a la primera edición	17
Prólogo a la segunda edición	21

PROTECCIÓN PROCESAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

I. <i>Justificación del tema</i>	25
II. <i>Breve resumen, por orden alfabético de autores, de las ponencias nacionales</i>	32
III. <i>Clasificación de los instrumentos procesales</i>	59
IV. <i>Medios indirectos</i>	61
V. <i>Instrumentos específicos</i>	66
VI. <i>Situaciones de emergencia</i>	81
VII. <i>Derechos humanos y justicia militar</i>	84
VIII. <i>Protección procesal interna y convenciones internacionales</i>	86
IX. <i>Conclusiones</i>	88

LA DEFENSA JURÍDICA DE LOS PARTICULARES FRENTE A LOS ORGANISMOS PARAESTATALES

I. <i>Introducción</i>	93
II. <i>El Estado social de derecho y la administración pública</i>	98
III. <i>El llamado sector paraestatal: organismos descentralizados, empresas públicas y fideicomisos</i>	101
IV. <i>La tutela jurídica y procesal de los gobernados frente a los organismos públicos descentralizados</i>	111
V. <i>El juicio de amparo latinoamericano como uno de los instrumentos tutelares</i>	117

VI. <i>Otros medios de protección</i>	120
VII. <i>El juicio de amparo mexicano y los organismos descentralizados</i> .	122
VIII. <i>Necesidad de una revisión de los conceptos e instrumentos tradicionales</i>	131
IX. <i>Conclusiones</i>	135

LA PROTECCIÓN JURÍDICA Y PROCESAL FRENTE A LOS GRUPOS DE PRESIÓN

I. <i>Introducción</i>	139
II. <i>La tutela respecto de los grupos profesionales y económicos</i>	144
III. <i>La defensa jurídica en el ordenamiento mexicano de los trabajadores y campesinos respecto de los sindicatos y de los organismos agrarios</i> 149	
IV. <i>La protección de los débiles en el consumo frente a los prestadores de bienes y servicios</i>	156
V. <i>La tutela procesal de los particulares frente a los grupos sociales y organismos autónomos</i>	159
VI. <i>Conclusiones</i>	167

LA PROTECCIÓN JUDICIAL DE LOS DERECHOS HUMANOS EN LATINOAMÉRICA Y EN EL SISTEMA INTERAMERICANO

I. <i>Introducción</i>	175
II. <i>Hábeas corpus o exhibición personal</i>	177
III. <i>Derecho de amparo</i>	180
IV. <i>Revisión judicial</i>	191
V. <i>La reciente influencia del sistema europeo de tribunales constitucionales</i>	196
VI. <i>Aproximación de ambos sistemas: la declaración general de inconstitucionalidad</i>	203
VII. <i>El sistema socialista cubano</i>	206
VIII. <i>La tendencia hacia la jurisdicción internacional</i>	209
IX. <i>Corte Interamericana de Derechos Humanos</i>	217
X. <i>Conclusiones</i>	238

ALGUNOS ASPECTOS DE LA INFLUENCIA
DEL CONSTITUCIONALISMO DE ESTADOS UNIDOS
EN LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS
EN EL ORDENAMIENTO MEXICANO

I. <i>Introducción</i>	251
II. <i>El hábeas corpus de origen inglés y sus transformaciones en Estados Unidos de América</i>	253
III. <i>El hábeas corpus mexicano como un sector del juicio de amparo</i> ..	255
IV. <i>El juicio de amparo contra resoluciones judiciales en materia penal y el hábeas corpus federal estadounidense</i>	259
V. <i>La revisión judicial como fuente del juicio de amparo</i>	261
VI. <i>El otorgamiento de facultades discrecionales a la Suprema Corte y el certiorari</i>	265
VII. <i>La reforma constitucional de 1987 y la aproximación de la Suprema Corte de México y de la Suprema Corte Federal de los Estados Unidos de América como tribunales constitucionales</i>	266
VIII. <i>Bibliografía básica</i>	269

EL SISTEMA AMERICANO DE PROTECCIÓN
DE LOS DERECHOS HUMANOS

I. <i>Introducción</i>	271
II. <i>Breve relación de antecedentes</i>	273
III. <i>La creación y el desarrollo de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos</i>	275
IV. <i>La Convención de San José y la organización y atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos</i>	277
V. <i>Veinticinco años de protección de los derechos humanos</i>	287
VI. <i>Creación de la Corte Interamericana en la Convención de San José</i> 289	
VII. <i>Organización y funcionamiento de la Corte</i>	289
VIII. <i>Relaciones entre los dos organismos tutelares</i>	298
IX. <i>El Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena</i>	300
X. <i>Perspectivas para el futuro</i>	305
XI. <i>Conclusiones</i>	306

REFLEXIONES SOBRE LA ORGANIZACIÓN
Y EL FUNCIONAMIENTO DE LA CORTE
INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

I. <i>Introducción</i>	309
II. <i>La tendencia hacia la creación de organismos internacionales para la tutela jurídica y procesal de los derechos humanos</i>	312
III. <i>La evolución de esta tendencia en los ordenamientos latinoamericanos.</i>	316
IV. <i>La Comisión y la Corte Interamericanas de Derechos Humanos</i> ..	320
V. <i>La organización de la Corte Interamericana</i>	323
VI. <i>Competencia consultiva y jurisdiccional</i>	325
VII. <i>Legitimación procesal</i>	328
VIII. <i>Procedimiento</i>	329
IX. <i>Conclusiones</i>	341

REFLEXIONES COMPARATIVAS
SOBRE EL OMBUDSMAN

I. <i>Necesidad del estudio comparativo sobre el Ombudsman como defensor del ciudadano</i>	347
II. <i>Orígenes suecos de la institución y su difusión en otros países escandinavos</i>	353
III. <i>El Comisionado Parlamentario en Nueva Zelanda, el Reino Unido y Australia</i>	359
IV. <i>El Ombudsman en Israel</i>	368
V. <i>Su introducción en varios ordenamientos de Europa continental</i> .	371
VI. <i>La trascendencia del Ombudsman en Canadá y los Estados Unidos</i>	378
VII. <i>Proyectos de Introducción en otros países y en el ámbito supranacional o comunitario</i>	381
VIII. <i>La figura del Executive Ombudsman</i>	385
IX. <i>El Promotor de la Justicia de Portugal y el Defensor del Pueblo en la Constitución española de 1978</i>	387
X. <i>La posibilidad de la introducción del Ombudsman en el ámbito latinoamericano y específicamente en México</i>	390
XI. <i>Conclusiones</i>	394

EL OMBUDSMAN Y LA RESPONSABILIDAD DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS EN MÉXICO

I. <i>Introducción</i>	399
II. <i>Las reformas de 1982 al título IV de la Constitución Federal</i>	400
III. <i>Concepto genérico del Ombudsman</i>	402
IV. <i>Las funciones del Ombudsman y su relación con la responsabilidad de los servidores públicos</i>	404
V. <i>Conclusiones</i>	410
VI. <i>Bibliografía básica</i>	412

AVANCES Y PERSPECTIVAS DE LA PROTECCIÓN PROCESAL DE LOS DERECHOS HUMANOS EN LATINOAMÉRICA

I. <i>Introducción</i>	413
II. <i>Los instrumentos tradicionales: el hábeas corpus y el amparo</i>	417
III. <i>La evolución del derecho de amparo y sus equivalentes</i>	422
IV. <i>Los nuevos mecanismos: mandado de segurança colectivo; hábeas data, mandado de injunção, acción de incumplimiento</i>	432
V. <i>Las acciones populares</i>	439
VI. <i>Los tribunales y salas constitucionales en Latinoamérica y la protección de los derechos humanos</i>	443
VII. <i>El Ombudsman criollo</i>	447
VIII. <i>Conclusiones</i>	452

NOTAS SOBRE EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS

I. <i>Introducción</i>	455
II. <i>Breve desarrollo histórico</i>	465
III. <i>La Comisión Interamericana de Derechos Humanos</i>	471
IV. <i>La Corte Interamericana de Derechos Humanos</i>	487
V. <i>Las relaciones entre ambos organismos</i>	515

VI. <i>Perspectivas</i>	520
VII. <i>Conclusiones</i>	526

SIGNIFICADO ACTUAL DEL CONTROL CONSTITUCIONAL EN MÉXICO

I. <i>Introducción</i>	533
II. <i>Instrumentos de control constitucional en el texto original de la Constitución Federal de 1917</i>	534
III. <i>El derecho procesal constitucional mexicano en la actualidad</i>	558
IV. <i>Las nuevas garantías constitucionales</i>	561
V. <i>Conclusiones</i>	589

INTRODUCCIÓN AL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL

I. <i>Introducción</i>	593
II. <i>Derecho procesal constitucional</i>	597
III. <i>Derecho constitucional procesal</i>	609
IV. <i>Defensa de la Constitución y garantías constitucionales</i>	622
V. <i>Evolución de las garantías constitucionales</i>	624
VI. <i>Contenido del derecho procesal constitucional</i>	633
VII. <i>Derecho procesal constitucional mexicano</i>	647
VIII. <i>Conclusiones</i>	649

PRESENTACIÓN

Para la Comisión Nacional de Derechos Humanos resulta especialmente satisfactorio presentar la segunda edición aumentada de *Protección jurídica de los Derechos Humanos. Estudios comparativos*, que contiene una serie de ensayos de un insigne jurista, el doctor Héctor Fix-Zamudio.

Las obras de autores mexicanos, como la que hoy presenta el doctor Fix-Zamudio, gozan de gran prestigio por el conocimiento que tienen en materias que son de capital importancia para nuestro país, como es la protección jurídica de los Derechos Humanos en sus ámbitos nacional e internacional, tema central, mas no exclusivo, de los trabajos contenidos en estos estudios.

En 1991, a través de su Colección Manuales, la Comisión Nacional de Derechos Humanos dió a conocer la primera edición de estos *Estudios comparativos*, fruto de las investigaciones y reflexiones de quien en ese entonces fungiera como Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Esa primera edición contenía nueve valiosos estudios; la segunda, que hoy se edita, contempla cuatro más que redondean y complementan un trabajo que, de suyo, es referencia obligada para legos y conocedores en cuanto hace a la bibliografía contemporánea en México en materia de Derechos Humanos.

Es por ello que la importancia de esta segunda edición conviene subrayarla. Por principio, debe tenerse presente que a la luz de la aceptación plena de la competencia consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos por parte de México, adquieren singular trascendencia aquellos trabajos que se ocupan del llamado derecho internacional de los Derechos Humanos, cuya producción en nuestro país es escasa debido tanto a la novedad de la materia como a la ausencia de especialistas, juristas, sobre todo, que hayan profundizado en tales aspectos. Una introducción a temas torales como la protección procesal de los Derechos Humanos, el Sistema Interamericano de promoción y

defensa de tales derechos, el constitucionalismo y los Derechos Humanos, el *Ombudsman* y la responsabilidad de los servidores públicos, las perspectivas de la protección que brinda el sistema interamericano de Derechos Humanos, el control de la constitucionalidad en México y su relación con los Derechos Humanos, entre otros, acreditan a esta obra como un acervo imprescindible para quienes, desde sus distintos ámbitos de trabajo y estudio, se ocupan y preocupan por los Derechos Humanos.

La Comisión Nacional de Derechos Humanos tiene como una de sus tareas la de ocuparse de la difusión de estos temas. Y qué mejor que sea mediante una obra clara y didáctica como la del doctor Héctor Fix-Zamudio, cuyo conocimiento teórico y práctico del ámbito jurídico de los Derechos Humanos, de la defensa internacional y en el ámbito del ordenamiento jurídico mexicano, que contribuye en la difusión de temas que interesan a los mexicanos.

Por la falta de difusión y por el desconocimiento de lo que comporta, dada su novedad, es que el reconocimiento de la facultad contenciosa de un tribunal regional supranacional de la importancia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos haya pasado desapercibida para el gran público, e incluso para muchos abogados. Ello, sin embargo, no aminora sus implicaciones jurídicas, políticas y sociales; implicaciones sobre las que no se ha reflexionado bastante y que pueden impedir usufructuar suficientemente el valor que para la defensa y protección de los derechos de los mexicanos, viviendo en la democracia, tiene y tendrá para México y su sistema de justicia la jurisdicción de la Corte Interamericana.

De igual modo, y gracias al reconocimiento total que hace México del Sistema Interamericano de Promoción y Protección de los Derechos Humanos —esto es, tanto jurisdiccional como no jurisdiccional—, es que nuestro país se inserta plenamente en una concepción de justicia compartida a nivel internacional que desde 1945 viene conformándose en forma subsidiaria y progresiva: la de los Derechos Humanos, es decir, el respeto de estos como límite del poder y de la soberanía de los Estados democráticos en los que priva el derecho.

La Comisión Nacional de Derechos Humanos está cierta que con esta nueva obra: *Protección jurídica de los Derechos Humanos. Estudios*

comparativos, se contribuye a la educación y a la difusión de los sistemas jurídicos estatales e internacionales para asegurar una mejor defensa de los Derechos Humanos.

Mireille Roccatti

PRÓLOGO A LA PRIMERA EDICIÓN

En esta recopilación se incluyen nueve trabajos de diversa extensión, todos ellos vinculados con el tema fundamental de nuestra época: la protección jurídica de los derechos humanos, tanto en el ámbito nacional como en la esfera internacional, y en su mayor parte enfocados desde el ángulo comparativo.

He procurado que estos estudios tengan actualidad, por lo que he eliminado aquellos que ahora pueden parecer anticuados. Con exclusión del primero, todos son relativamente recientes. No obstante, por tratarse de una materia de gran dinamismo, resulta difícil estar al día, ya que de manera constante se establecen nuevas instituciones tutelares o se procura perfeccionar las ya existentes.

He incorporado un estudio que fue publicado en 1972, en virtud de que contiene la ponencia general que presenté sobre el tema de la protección general de los derechos humanos en el Quinto Congreso Internacional de Derecho Procesal, que se efectuó en la ciudad de México en febrero de ese año.

En dicha ponencia se resumen los informes de varios destacados juristas nacionales y extranjeros; informes en los cuales puede observarse la situación entonces imperante de los instrumentos procesales establecidos con el propósito de proteger los derechos de la persona humana, tanto en su dimensión individual como de carácter social, especialmente en una época de predominio de dictaduras militares o autoritarias, tanto en España y Portugal como en Latinoamérica. Afortunadamente, en casi todos nuestros países ya se han superado de manera paulatina estos regímenes opresores y se ha restablecido la vigencia de los ordenamientos democráticos, en ocasiones en fechas muy recientes, como ocurrió en el caso de Chile. Por tanto, también han recuperado su efectividad los instrumentos jurídicos de tutela de los derechos humanos, que habían sido restringidos o suprimidos por los gobiernos autoritarios.

Dicho ensayo, aun cuando fue elaborado hace casi dos décadas, puede ser útil, dada la información que contiene, para contrastar la situación imperante en esa época con la actual, que es la que se examina, hasta donde es posible, en los restantes estudios.

Los trabajos, que se encontraban dispersos en obras colectivas o en revistas especializadas, en su mayor parte publicadas por esta Universidad, pueden agruparse en tres grupos:

El primero se refiere a la protección predominantemente procesal de los derechos humanos, tanto en el ordenamiento mexicano como en otros países, en especial los latinoamericanos. En esta categoría pueden incluirse los primeros seis trabajos, en los que se hace un estudio de los instrumentos que se han establecido para tutelar los derechos humanos consagrados en las constituciones contemporáneas. Algunos de estos instrumentos se han estructurado para proporcionar una protección específica, ya que están dotados de un procedimiento sencillo y breve, con medidas precautorias para evitar daños de difícil reparación a los promoventes, y con efectos de carácter restitutorio. Entre ellos destacan el hábeas corpus, que ha asumido un carácter prácticamente universal, y el derecho de amparo, que se ha extendido en numerosos ordenamientos latinoamericanos y también en España, inspirado esencialmente en la institución mexicana del mismo nombre.

Un segundo grupo está constituido por el examen de instituciones protectoras de los derechos humanos en el ámbito internacional americano, del cual forma parte nuestro país, no sólo por ser miembro de la Organización de los Estados Americanos, sino también y esencialmente por haber ratificado e incorporado a nuestro derecho interno, en mayo de 1981, la Convención Americana de Derechos Humanos, suscrita en la ciudad de San José, Costa Rica, en noviembre de 1969. Además, debe tomarse en consideración que dos distinguidos juristas mexicanos, Gabino Fraga y César Sepúlveda, tuvieron una importante actuación como miembros de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, uno de los organismos esenciales del sistema interamericano.

Este sistema culmina en la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que inició sus funciones en la ciudad de San José a fines de 1979, y a la cual he tenido el privilegio de pertenecer desde enero de 1986. Con apoyo en esta experiencia, elaboré un sencillo análisis sobre la organización y funciones de dicho tribunal internacional, que se incluyó en la obra de homenaje al destacado jurista mexicano Jorge Barrera Graf, publicada en 1989 por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

Los dos últimos ensayos, que forman parte del tercer grupo, están dirigidos al examen de una de las instituciones más dinámicas de nuestra época, que se conoce con la denominación genérica de *Ombudsman*. Esta institución puede

describirse como el organismo público encargado de recibir e investigar las reclamaciones de los particulares contra actos de las autoridades, predominantemente administrativas, que afecten de manera indebida sus derechos fundamentales. Aun cuando sus resoluciones carecen de carácter imperativo, su publicación ha demostrado que constituye un medio idóneo para presionar a las autoridades remisas a seguir dichas recomendaciones.

El éxito espectacular que ha tenido esta institución determinó que se hubiese introducido de manera creciente y meteórica en numerosos ordenamientos pertenecientes a muy diversas familias o tradiciones jurídicas. Debe recordarse que fue sólo después de la posguerra cuando dicho instrumento trascendió del ámbito escandinavo. Por este motivo se le ha calificado, sin exageración, como “institución universal”.

Espero que la publicación conjunta de estos ensayos pueda contribuir en alguna medida al mejor conocimiento y comprensión de los numerosos y complejos instrumentos jurídicos protectores de los derechos humanos en nuestra época, con objeto de que se puedan mejorar los que existen en el ordenamiento mexicano, el cual se ha enriquecido recientemente con la introducción de nuevas instituciones tutelares, como las Defensorías o Procuradurías creadas por las legislaciones de varias entidades federativas, incluido el Distrito Federal.

Esta evolución, que estamos ciertos puede conducir en un futuro no muy lejano al establecimiento de organismos todavía más próximos al modelo del *Ombudsman* en sentido estricto, ha desembocado en el establecimiento de la Comisión Nacional de Derechos Humanos en junio de 1990. No obstante el poco tiempo en que ha estado en funciones, esta Comisión ha desarrollado una labor que podemos calificar, sin hipérbole, como excepcional, en beneficio de la protección de los derechos fundamentales de los habitantes de nuestro país, en especial respecto de su libertad personal y de su integridad física y moral, que no estaban tuteladas de manera suficiente.

Este organismo de carácter público, que en varios aspectos es similar al *Ombudsman*, ha demostrado su efectividad al coordinarse con otros instrumentos jurídicos y procesales ya existentes. Al respecto, debemos destacar que, debido a una proposición de la propia Comisión Nacional, el Presidente de la República presentó una iniciativa de reformas a los códigos de procedimientos penales, la cual fue aprobada por el Congreso de la Unión, e introdujeron modificaciones de gran trascendencia que refuerzan y precisan los

derechos del acusado en el proceso penal, consignados en el artículo 20 de la Constitución Federal, y también han determinado con claridad las funciones de la Policía Judicial y del Ministerio Público.

Puedo considerarme satisfecho si con la recopilación de estos ensayos contribuyo a incrementar, así sea en forma modesta, el interés de los juristas mexicanos por el estudio de nuestras instituciones jurídicas tutelares de los derechos fundamentales y a promover la preocupación de los ciudadanos y de las autoridades en el perfeccionamiento de estas instituciones, las cuales deben revisarse de manera sustancial y permanente para adaptarlas a los rápidos cambios que se han producido y que están produciéndose en nuestros días.

Estoy convencido de que el ordenamiento jurídico no constituye el único medio para lograr la tutela de los derechos fundamentales, pues ésta únicamente sería nominal sin la activa participación tanto de las autoridades públicas de todos los niveles como de los diversos sectores sociales, en los que debe imperar una verdadera cultura de los derechos humanos.

Sin embargo, resulta evidente que el derecho es el instrumento indispensable para obtener dicha protección, puesto que organiza y conduce los esfuerzos de gobernantes y gobernados para lograr uno de los fines esenciales de todo Estado democrático, el que se apoya en el respeto y en la promoción de los derechos de la persona humana en sus dimensiones individual y social.

Héctor Fix-Zamudio
Ciudad Universitaria, febrero de 1991

PRÓLOGO A LA SEGUNDA EDICIÓN

La primera edición de *Protección jurídica de los derechos humanos. Estudios comparativos*, apareció en 1991. A partir de entonces esta materia ha evolucionado de manera considerable, es por ello que, además de los ensayos publicados anteriormente, he agregado otros cuatro estudios relacionados con este tema fundamental de nuestra época, en los cuales se pretenden señalar los avances que se han logrado en la tutela de los derechos de la persona humana en el ámbito tanto de los ordenamientos nacionales como en el campo del derecho internacional.

Dos de los trabajos aparecidos en la primera edición, relativos tanto al Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos como a la organización y funcionamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que forma parte esencial de dicho Sistema, fueron publicados originalmente en 1986 y 1989. Desde esa época el Sistema Interamericano ha tenido un desarrollo notable, por lo que ahora se agrega un estudio que apareció en 1997 en una obra colectiva publicada en España, intitulado “Notas sobre el Sistema Interamericano de Derechos Humanos”. La publicación de estas notas tiene como propósito despertar un mayor interés en el análisis de la protección de los derechos humanos en nuestro Continente y, particularmente, en Latinoamérica.

Debe tomarse en consideración que todos los Estados miembros de la Organización de los Estados Americanos, inclusive aquellos que no han ratificado la Convención Americana, están sujetos a la supervisión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, estos últimos con apoyo en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, suscrita en Bogotá en mayo de 1948, y que el año pasado cumplió medio siglo. Por otra parte, con el reconocimiento que han hecho los Gobiernos de México y Brasil a finales de 1998 de la competencia jurisdiccional de la Corte Interamericana, todos los países latinoamericanos han reconocido dicha competencia, y por ello puede hablarse de una Corte Latinoamericana de Derechos Humanos.

En cuanto a los instrumentos procesales de protección de los derechos humanos en el ámbito universal, en especial respecto de los ordenamientos latinoamericanos, los estudios que aparecieron en la primera edición del presente libro se elaboraron hace varios años, es decir, entre 1972 y 1988, por lo que estimé conveniente incorporar el reciente trabajo “Avances y perspectivas de la protección procesal de los derechos humanos en Latinoamérica”, publicado después de ser presentado en el VI Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, efectuado en abril de 1998 en la Universidad Externado de Colombia, en la ciudad de Santa Fe de Bogotá.

En ese estudio comparativo se hace referencia a la consolidación y perfeccionamiento de los instrumentos tradicionales, como el derecho de amparo y el hábeas corpus, así como a la creación de nuevas instituciones tutelares que pretenden reforzar la protección judicial de los derechos de la persona humana en el ámbito interno, tales como el *mandado de segurança coletivo*, el hábeas data, el *mandado de injunção*, la acción de incumplimiento y las acciones populares, así como el exitoso desarrollo de los organismos no jurisdiccionales de protección de los derechos humanos que se inspiran en el modelo escandinavo del *Ombudsman*, y que en la mayoría de los países latinoamericanos, por influencia española, han recibido la denominación Defensor del Pueblo, pero que en México tienen el nombre de Comisiones de Derechos Humanos. Los matices y modalidades que se han introducido en los ordenamientos de Latinoamérica han modelado una institución peculiar que, sin abandonar el paradigma escandinavo, le han otorgado perfiles propios y por ello se le ha calificado como *Ombudsman* criollo. En este aspecto se actualiza la información que contienen los estudios que se incluyeron en la primera edición sobre esta figura del *Ombudsman*.

También se agregan dos trabajos que inciden en el ámbito de la justicia constitucional, uno de los temas de mayor actualidad en los estudios jurídicos de nuestro tiempo, y que también, en última instancia, están relacionados con la protección judicial de los derechos humanos. El primero de esos trabajos, publicado en 1998, hace referencia a la situación actual del control constitucional en México con motivo de la conmemoración de los 80 años de la promulgación de la Constitución mexicana del 5 de febrero de 1917, que, con numerosas reformas y adiciones, actualmente nos rige.

Resulta conveniente conocer y analizar el desarrollo considerable de los instrumentos de justicia constitucional en nuestro país con posterioridad a las reformas constitucionales y legales de 1988, 1995 y 1996, que no sólo otorgaron

a la Suprema Corte de Justicia el carácter de un verdadero tribunal constitucional, sino que perfeccionaron los instrumentos de control, entre ellos las controversias constitucionales, y crearon nuevos mecanismos, tales como la acción abstracta de inconstitucionalidad, confiriendo una perspectiva de gran dinamismo a la protección de las normas de nuestra Carta Fundamental, entre ellas las relativas a los derechos de la persona humana.

Finalmente se añade un estudio reciente, también publicado en 1998, sobre la introducción al derecho procesal constitucional, que es la nueva disciplina de la ciencia del proceso, que tiene el propósito, desde el punto de vista contemporáneo, de sistematizar las instituciones y los organismos de garantía constitucional, es decir, de los mecanismos dirigidos a la solución de conflictos derivados de la aplicación de las normas constitucionales, y que permiten que las mismas adquieran plenamente su carácter jurídico.

Expreso mi reconocimiento a la doctora Mireille Roccatti, Presidenta de la Comisión Nacional de Derechos Humanos, y al licenciado Silverio Tapia Hernández, Secretario Técnico del Consejo de la misma Comisión, quienes con su apoyo han hecho posible la segunda edición de *Protección jurídica de los derechos humanos. Estudios comparativos*. También expreso mi agradecimiento al señor Eugenio Hurtado, asesor de la Dirección de Publicaciones de la citada Comisión, quien revisó, de manera harto cuidadosa, tanto el nuevo material como el que en su momento se incluyó en la primera edición. Gracias a ese esfuerzo esta obra aparece muy depurada, inclusive en sus aspectos tipográficos.

Héctor Fix-Zamudio
Ciudad Universitaria, enero de 1999

PROTECCIÓN PROCESAL DE LOS DERECHOS HUMANOS*

SUMARIO: I. *Justificación del tema.* II. *Breve resumen, por orden alfabético de autores, de las ponencias nacionales.* III. *Clasificación de los instrumentos procesales.* IV. *Medios indirectos.* V. *Instrumentos específicos.* VI. *Situaciones de emergencia.* VII. *Derechos humanos y justicia militar.* VIII. *Protección procesal interna y convenciones internacionales.* IX. *Conclusiones.*

I. JUSTIFICACIÓN DEL TEMA

1. El ilustre procesalista español Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, que para fortuna de México contamos entre nosotros, y que ha sido sin duda alguna el inspirador, promotor y ejecutor principalísimo de este Quinto Congreso Internacional de Derecho Procesal, señaló como una de las tendencias predominantes de los últimos 25 años en el mundo del proceso, la de la expansión incontenible de los estudios sobre la *justicia constitucional*,¹ evolución que señalamos de manera panorámica en un trabajo nuestro,² y que desde entonces sigue proliferando en forma extraordinaria, debido a la preocupación de un sector considerable, no sólo de los procesalistas, sino también de los constitucionalistas y de los internacionalistas, debido a las también crecientes contradicciones del mundo de nuestra época, que se ha significado por las grandes declara-

* Ponencia general presentada en el Quinto Congreso Internacional de Derecho Procesal, efectuado en la ciudad de México, durante los días 12 a 18 de marzo de 1972, publicada en el *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, año V, núms. 13-14, enero-agosto de 1972, pp. 35-88.

¹ *Veinticinco años de evolución del derecho procesal, 1940-1965*, México, 1968, p. 143.

² Cfr. Fix-Zamudio, Héctor, *Veinticinco años de evolución de la justicia constitucional, 1940-1965*, México, 1968, *passim*.

ciones de los derechos humanos y al mismo tiempo, triste es reconocerlo, por las grandes violaciones a la dignidad de la persona humana.

2. Resulta innecesario señalar que la romántica creencia de los idealistas revolucionarios de finales del siglo XVIII y de la primera mitad del XIX, de que era suficiente consagrar los derechos humanos en documentos constitucionales, para que los mismos fuesen respetados por las autoridades y por los conciudadanos, quedó destrozada muy pronto por el desbordamiento constante de los poderes públicos, sin que los afectados tuviesen otra defensa que denuncias patéticas o acusaciones sin respuesta.

3. Es cierto que ya en la Edad Media y hasta el siglo XVI se habían presentado algunos antecedentes de la defensa procesal de la libertad en los fueros aragoneses que dieron lugar a la legendaria figura del Justicia Mayor y los procesos forales del amparo y de la manifestación de las personas;³ que la evolución del derecho británico culminó con la consagración legislativa del hábeas corpus en la famosa Ley de 1679 que pronto se difundió por todo el mundo occidental,⁴ y que en los Estados Unidos una modesta imprecisa disposición de la Carta Fundamental de 1787 dio lugar a la magnífica institución protectora de la revisión judicial de la constitucionalidad de las leyes, que paulatinamente se fue extendiendo a otros países, especialmente a las recién independizadas colonias españolas en América;⁵ pero todos ellos no fueron sino chispazos en un mundo agitado y confuso, que transitaba muy lentamente por el camino escabroso y difícil de la defensa jurídica de la libertad.

³ Entre muchos otros, Fairén Guillén, Víctor, *Antecedentes aragoneses de los juicios de amparo*, México, 1971, pp. 9-105.

⁴ El texto de esta famosa ley puede consultarse en el libro editado por Richard L. Perry y John C. Cooper, *Sources of Our Liberties*, Nueva York, 1952, pp. 189-203. Este propio ordenamiento es calificado por el famoso jurista inglés William Blackstone como la segunda Magna Carta, *Commentaries on the Law*, Washington, Ed. Bernard C. Gavit, 1941, p. 93; Fix-Zamudio, Héctor, "Influencia del derecho angloamericano en la protección procesal de los Derechos Humanos en América Latina", en el volumen *Festschrift für Karl Leowenstein*, Tübingen, 1971, pp. 488-497.

⁵ Sobre esta materia existe una bibliografía impresionante, por lo que nos limitaremos a citar a Eder, Phanor J., "Judicial Review in Latin America", *Ohio Law Journal*, otoño de 1960, pp. 570-615; Fix-Zamudio, Héctor, *op. ult. cit.*, pp. 497-503; McWhinney, Edward, "Constitutional Review in the Commonwealth", en el volumen *Verfassungsgerichtsbarkeit in der Gegenwart*, Köln-Berlin, 1962, pp. 75-88.

4. Fue en la primera postguerra cuando la ciencia procesal, que había alcanzado progresos espectaculares primero en Alemania y posteriormente en Italia,⁶ volvió los ojos hacia un sector que hasta entonces había permanecido prácticamente inaccesible, es decir, el campo del derecho constitucional.

5. Debemos no a un procesalista sino a un ilustre filósofo del derecho, Hans Kelsen, las bases esenciales de una nueva disciplina jurídica que podemos calificar como *derecho procesal constitucional*,⁷ que posteriormente fueron desarrolladas por una de las figuras más limpias y brillantes del procesalismo italiano, el inolvidable Piero Calamandrei.⁸

6. En un trabajo anterior nos atrevimos a sostener un paralelismo entre los clásicos trabajos de Bülow y Chiovenda,⁹ como iniciadores del procesalismo científico particularmente, en el campo del proceso civil en su respectivos países; y los estudios de Kelsen y Calamandrei,¹⁰ como punto de partida del derecho procesal constitucional en Alemania e Italia, que se han significado, a partir del siglo XIX, por el florecimiento de los estudios procesales.¹¹

⁶Para la evolución del derecho procesal científico y sus diversas escuelas, debe consultarse la magnífica y completa exposición de Aragonese Alonso, Pedro, *Proceso y derecho procesal*, Madrid, 1960, pp. 562 y ss.

⁷Cfr. Alcalá-Zamora y Castillo, Niceto, *Proceso, autocomposición y autodefensa*, 2a. ed., México, 1970, p. 215, considera con todo acierto que el jurista austriaco debe ser considerado como el fundador de esta rama procesal.

⁸Especialmente en tres estudios fundamentales "Potere giudiziario e Suprema Corte Costituzionale", "La illegittimità costituzionale delle leggi nel proceso civile"; y "Corte Costituzionale e autorità giudiziaria", publicados en la obra recopilativa *Opere giuridiche*, volumen III, Nápoles, 1968, pp. 215-225; 337-412, y 609-654.

⁹El libro de Bülow, Óscar, *La teoría de las excepciones procesales y de los presupuestos procesales*, trad. de Miguel Ángel Rosas Lichtscheim, Buenos Aires, 1964, fue publicado originariamente en Giessen en 1868, en tanto que la famosa Lección inaugural de Giuseppe Chiovenda, "La acción en el sistema de los derechos", trad. de Santiago Sentís Melendo, en el volumen *Ensayos de derecho procesal civil*, Buenos Aires, 1949, pp. 3-130, fue leída por su autor en la Universidad de Bolonia, el 3 de febrero de 1903. Ambos trabajos se consideran como el punto de arranque del procesalismo científico en sus respectivos países.

¹⁰Aun cuando el propio Hans Kelsen publicó varios estudios sobre esta materia, podemos citar su clásica monografía "La garantie juridictionnelle de la Constitution (La justice constitutionnelle)", *Revue de Droit Public et de la Science Politique en France et à l'Étranger*, París, 1928, pp. 197-257; en cuanto a los trabajos esenciales de Calamandrei los hemos citado en la nota número 8.

¹¹Cfr. Fix-Zamudio, Héctor, "La aportación de Piero Calamandrei al derecho procesal constitucional", *Revista de la Facultad de Derecho de México*, núm. 24, octubre-diciembre de 1956, pp. 191-211, reproducido en el libro *El juicio de amparo*, México, 1964, pp. 145-163.

7. Pero si la tutela procesal de la totalidad de las disposiciones constitucionales es de gran importancia para evitar los abusos y desviaciones de los órganos del poder, el análisis de los instrumentos protectores de los derechos humanos asume una trascendencia capital en nuestra época, por lo que sin abandonar el análisis de la justicia constitucional en su conjunto, un sector de la doctrina contemporánea ha dirigido sus esfuerzos al análisis de este sector del derecho procesal constitucional, que podemos calificar gráficamente como *derecho procesal de la libertad*.

8. A este respecto y para continuar con este esbozo que de ninguna manera pretende ser completo, sino señalar a grandes rasgos la evolución de nuestra disciplina, podemos destacar como significativo el estudio del connotado procesalista italiano Mauro Cappelletti, quien heredó de su maestro Calamandrei el amor por la libertad humana, que publicó en 1955 con un título que ha tomado carta de naturaleza de la doctrina jurídica de nuestros días: *La giurisdizione costituzionale delle libertà*¹² y que nos atrevimos a traducir como *Jurisdicción constitucional de la libertad*.¹³

9. A partir de entonces puede decirse que existe un verdadero desbordamiento doctrinal en el estudio de la protección procesal de los derechos humanos, a través de un enjambre de trabajos sobre los sistemas nacionales, pero debiendo destacarse, por su alcance más amplio, los análisis colectivos o de tipo comparativo, que se han estado realizando en los últimos años sobre esta materia, cada vez con mayor intensidad.¹⁴

¹² La obra original fue publicada en Milán en 1955. El propio Cappelletti ha continuado cultivando esta disciplina hasta convertirse en uno de los especialistas más destacados, si no el principal, y al respecto podemos citar *El control judicial de la constitucionalidad de las leyes en el derecho comparado*, trad. de Cipriano Gómez Lara y Héctor Fix-Zamudio, México, 1966, editado posteriormente en italiano, *Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel diritto comparato*, Milán, 1968, reimpresso en 1970; y además de otros trabajos, el mismo autor ha publicado recientemente *Judicial Review in the Contemporary World*, Indianápolis-Kansas City-Nueva York, 1971.

¹³ Publicado en México, 1961, con un apéndice del traductor sobre "La jurisdicción constitucional mexicana", pp. 131-247.

¹⁴ Sobre la importancia del método comparativo en el estudio de los derechos humanos, véase el magnífico estudio del ilustre René Cassin, Premio Nobel de la Paz, "Droits de l'homme et méthode comparative", *Revue Internationale de Droit Comparé*, París, julio-septiembre de 1968, pp. 449-492.

10. Esta tendencia hacia el análisis comparativo de la protección procesal de los derechos del hombre se advierte en varios congresos y coloquios internacionales, entre los cuales podemos citar los siguientes:

11. a) Las Terceras Jornadas Latinoamericanas de Derecho Procesal, efectuadas en la ciudad de Sao Paulo, Brasil, en el mes de septiembre de 1962, en las cuales se analizó el mandamiento de seguridad brasileño en relación con otras instituciones similares latinoamericanas, particularmente el juicio de amparo,¹⁵ habiéndose aprobado una recomendación a las Facultades de Derecho de todas las universidades para que promovieran *estudios concernientes a la tutela jurisdiccional efectiva de los derechos y libertades del hombre*.¹⁶

12. b) Coloquio organizado, en 1962, por el Instituto Max Planck para el estudio del derecho público extranjero e internacional (*Max Planck Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*), bajo la dirección del profesor Hermann Mosler y con sede en la ciudad de Heidelberg, sobre el tema "Jurisdicción constitucional en la actualidad" (*Verfassungsggerichtsbarkeit in der Gegenwart*), en el cual se presentaron informes nacionales de 17 países,¹⁷ todos los cuales, si bien no se refieren de manera exclusiva a la tutela de los derechos humanos, sino a la protección de todas las normas constitucionales, comprenden también, por supuesto, la protección de los citados derechos del hombre.

¹⁵ Cfr. Fix-Zamudio, Héctor, "Mandato de seguridad y juicio de amparo"; Ríos Espinoza, Alejandro, "Presupuestos constitucionales del mandato de seguridad", y Alcalá-Zamora y Castillo, Niceto, "El mandato de seguridad brasileño visto por un extranjero", en el volumen *Tres estudios sobre el mandato de seguridad brasileño*, México, 1966, pp. 3-69; 70-96, y 97-126, respectivamente.

¹⁶ Cfr. Gil, Otto, "Introdução à coletânea de estudos sobre o mandado de segurança", en el volumen *Estudos sobre o mandado de segurança*, Rio de Janeiro, 1963, p. 25; obra en la cual aparece también un proyecto de reglamentación del instrumento procesal previsto por los artículos XVIII y 80., respectivamente, de las Declaraciones Americana y Universal de los Derechos del Hombre, redactado por el tratadista brasileño Sidou, J. M. Othon, con el título: "A tutela judicial dos direitos fundamentais", pp. 11-156.

¹⁷ En esta obra, publicada en 1962 por Carl Heymans Verlag, Colonia-Berlín, 1047 pp., se incluyen los informes nacionales de los siguientes países: Argentina, República Federal Alemana, Finlandia, Francia, Italia, Japón, Colombia, México, Noruega y Dinamarca, Austria, Suecia, Suiza, Sudáfrica, Turquía, Estados Unidos de América, Chipre, así como de la Comunidad Británica y, además, cinco estudios de tipo comparativo.

13. c) Cuartas Jornadas Latinoamericanas de Derecho Procesal, celebradas en las ciudades de Caracas y Valencia, Venezuela, durante los días 27 de marzo a 2 de abril de 1967, en las cuales se discutió, entre otros, el tema sobre *Protección procesal de las garantías individuales en América Latina*.¹⁸

14. d) Un Segundo Coloquio Internacional organizado también por el Instituto Max-Planck de Heidelberg, a iniciativa de su distinguido director, profesor Hermann Mosler, esta vez sobre Protección judicial del particular frente al Poder Ejecutivo (*Gerichtsschutz gegen die Executive*); y que se realizó en la citada ciudad de Heidelberg durante los días 18 al 20 de julio de 1968, presentándose informes nacionales de 31 países, y dos relativos a las Comunidades Europeas y a las organizaciones internacionales, incluyendo 16 trabajos de carácter comparativo y sobre derecho internacional público,¹⁹ en la inteligencia de que la comunicación relativa al derecho mexicano fue elaborado en dos estudios complementarios redactados por el profesor Niceto Alcalá-Zamora y Castillo²⁰ y el suscrito.²¹

15. e) Seminario Internacional de Derechos Humanos, organizado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, con el patrocinio de la Secretaría de Relaciones Exteriores y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos; bajo la certera coordinación del investigador emérito

¹⁸ Las conclusiones aprobadas en torno a este tema aparecen publicadas en la *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal*, Madrid, 1967, pp. 323-327, incluyendo como esencial la siguiente declaración: "Los derechos fundamentales deberán ser amparados a través de un proceso especialmente establecido al efecto". En cuanto la ponencia redactada por Héctor Fix-Zamudio, fue publicada en la misma revista, pp. 393-469.

¹⁹ Los trabajos presentados en este segundo Coloquio de Heidelberg fueron publicados en tres volúmenes por las editoriales Carl Heymans, y Oceana Publications, Köln-Berlin-Bonn-München-Dobbs Ferry-Nueva York, 1258 pp., los dos primeros tomos y 400 el tercero, incluyendo informes nacionales sobre Austria y Nueva Zelanda, Bélgica, Dinamarca, República Federal de Alemania, Finlandia, Francia, Grecia, Gran Bretaña, Irlanda, Israel, Italia, Japón, Yugoslavia, Canadá, Kenia, Colombia, Luxemburgo, México, Holanda, Noruega, Austria, Portugal; Rumania, Suecia, Suiza, España, Checoslovaquia, Turquía, Hungría, Estados Unidos de América, así como de las Comunidades Europeas y de las Organizaciones Internacionales, además de los estudios comparativos y de derecho internacional público.

²⁰ "Judicial Protection of the Individual against the Executive in Mexico", en la obra citada en la nota anterior, tomo II, pp. 771-791; estudio ampliado en su versión española, "Protección jurisdiccional del particular frente al Ejecutivo en México", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 8, mayo-agosto de 1970, pp. 289-326.

²¹ Cfr. Fix-Zamudio, Héctor, "Judicial Protection of the Individual against the Executive in Mexico", en la misma obra citada en las dos notas anteriores, tomo II, pp. 713-770.

Niceto Alcalá-Zamora y Castillo y que se efectuó de diciembre de 1968 a marzo de 1969, contando con la presencia de juristas tan eminentes como René Cassin —Premio Nobel de la Paz—, Carlos García Bauer, Karl Loewenstein y Karel Vasak y la participación de tratadistas mexicanos, habiéndose incluido, entre varios cursos básicos, dos de 10 conferencias, cada uno sobre los temas Estudio procesal comparativo de la protección interna de los derechos humanos, a cargo de Héctor Fix-Zamudio; y La protección procesal internacional de los derechos humanos, sustentado por Niceto Alcalá-Zamora y Castillo.²²

16 f) Coloquio organizado por la Asociación Internacional de Ciencias Jurídicas en la ciudad de Florencia, Italia, sobre un tema que se encuentra en estrecha relación con la protección procesal de los derechos humanos, es decir, Las garantías constitucionales de las partes en el proceso civil, y que se efectuó durante los días 5 a 9 de septiembre de 1971.

17. Los anteriores eventos se pueden señalar en forma especial, por haberse tratado temas estrechamente relacionados con la materia de la presente ponencia general; pero resultaría imposible hacer referencia a un número considerable de reuniones a nivel internacional organizadas por las Naciones Unidas, el Consejo de Europa o por organismos privados, como la Comisión Internacional de Juristas, y más recientemente por el Instituto Internacional de los Derechos del Hombre (Fundación René Cassin), con residencia en Estrasburgo, reuniones y estudios que se han multiplicado a partir de 1968, que fue declarado como “Año de los Derechos del Hombre”, por la Organización de las Naciones Unidas, como celebración del vigésimo aniversario de la Declaración Universal de Derechos Humanos (París, 10 de diciembre de 1948).

18. Como si esto fuera poco, a partir de 1968 se publica, además del *Anuario de Derechos Humanos* publicado por las Naciones Unidas a partir de 1947 en Francia, una revista especializada, que aparece trimestralmente bajo el título: *Les Droits de l'Homme Human Rights. Revue de Droit International et Comparé. Journal of International and Comparative Law*, que naturalmente incluye también estudios de carácter procesal.

²² Este volumen se encuentra en prensa bajo la cuidadosa revisión del profesor Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, el cual, además formuló un informe del Seminario mencionado, del cual fue coordinador, según se dijo, informe publicado en el *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 5, mayo-agosto de 1969, pp. 533-537.

19. Este gran acervo de estudios sobre los derechos humanos en general, y sobre su aspecto procesal, en particular, ha llevado al tratadista guatemalteco Carlos García Bauer a estimar que es posible configurar una disciplina jurídica que califica como *Teoría de los derechos humanos*, uno de cuyos aspectos esenciales sería el relativo al derecho procesal o adjetivo de los derechos humanos, contemplado tanto en la esfera interna como en la de carácter internacional.²³

20. Podríamos seguir acumulando información sobre esta materia, pero tenemos la convicción de que los datos aportados son suficientes para justificar su inclusión en el temario del Quinto Congreso Internacional de Derecho Procesal, pues si bien es indudable el progreso y la tendencia evolutiva del derecho procesal de la libertad, podemos afirmar que se trata de un sector muy joven de la ciencia del proceso y que por ello no debemos disminuir nuestros esfuerzos, sino por el contrario, seguir adelante, con objeto de lograr el establecimiento y lo que es más importante la aplicación de instrumentos eficaces en los ordenamientos que carezcan de ellos, y procurar el perfeccionamiento de los ya existentes.

II. BREVE RESUMEN, POR ORDEN ALFABÉTICO DE AUTORES, DE LAS PONENCIAS NACIONALES

21. Trataremos a continuación de proporcionar una visión panorámica de los 12 informes nacionales sobre este tema, para procurar la sistematización de las valiosas aportaciones de los distinguidos juristas que los presentaron, y proporcionar, hasta donde sea posible, las conclusiones esenciales que se desprenden de todos los trabajos.

A) Aguirre Godoy, Mario (Guatemala): *Protección procesal de los derechos humanos*

22. El autor parte de la premisa de que Guatemala tiene organizado, de acuerdo con la Constitución vigente del 15 de septiembre de 1965, un sistema procesal constitucional para la defensa de los derechos huma-

²³ *Teoría de los derechos humanos*, Guatemala, 1971, pp. 25-27.

nos frente a los actos del poder público y de los particulares, así como el control de la constitucionalidad de las leyes.

23. En segundo término, el jurista guatemalteco efectúa un análisis minucioso y sistemático de los diversos instrumentos de protección de los derechos fundamentales consagrados en la Constitución en vigor, reglamentados todos ellos por el Decreto número 8 expedido por la Asamblea Constituyente, el 20 de abril de 1966, con el nombre de Ley de Amparo, Hábeas Corpus y de Constitucionalidad.

24. Los cuatro instrumentos se examinan en sus antecedentes históricos: objeto, tribunales competentes, iniciación y desarrollo, sentencia y ejecución:

25. a) *Hábeas corpus* para tutelar la libertad y seguridad de las personas, aplicándose a quienes se encuentren ilegalmente presos, detenidos o cohibidos en cualquier otro modo en el goce de la libertad individual.

26. b) *El proceso de amparo* está estructurado para dar protección contra la violación de los derechos que la Constitución garantiza en relación con los actos de los poderes públicos y aun de los particulares, y además constituye un control contra las leyes que adolecen de vicio de inconstitucionalidad, en casos concretos.

27. c) *El control de la constitucionalidad de las leyes en casos concretos*, el cual puede hacerse valer en dos vías: una de *acción* a través de un proceso ordinario y con efectos sólo para las partes que han participado en el mismo; y por vía de *excepción* según la terminología de la ley, pero en realidad mediante un proceso incidental que debe resolverse separadamente del fondo del asunto principal, sin que este último se suspenda, pudiendo promoverse dicha declaración de inconstitucionalidad en primera o segunda instancia, o en casación.

28. d) *El llamado recurso de inconstitucionalidad*, que en estricto sentido es también un proceso que se hace valer ante un tribunal especializado introducido como novedad en la Constitución de 1965, con el nombre de Corte de Constitucionalidad, que no tiene carácter permanente sino que se integra cada vez que se impugna la inconstitucionalidad de una ley a instancia del Consejo de Estado, el Colegio de Abogados, el Ministerio Público, o por cualquier persona interesada con el auxilio de 10 abogados, en la inteligencia de que la declaración de inconstitucionalidad posee efectos derogatorios, es decir, *erga omnes*.

29. Una tercera parte del informe está referida a los efectos de la declaración de emergencia y la consiguiente aplicación de la Ley de Orden Público, de acuerdo con las cuales, el hábeas corpus se limita a que el tribunal constate la existencia de vejámenes o maltratos; el amparo no puede interponerse contra actos que deriven de la aplicación de la propia Ley de Orden Público hasta que hubiese cesado el estado de emergencia, pero este instrumento subsiste y puede iniciarse para la protección de toda clase de derechos fundamentales que no hubiesen sido restringidos, y, finalmente, puede pedirse la declaración de inconstitucionalidad de una ley, sea en casos concretos o con efectos generales, ya que tales procesos representan el ejercicio de una acción cuyo planteamiento no puede ser impedido por un estado de emergencia.

B) Almagro Nosete, José (España): *Protección procesal de los derechos humanos en España*

30. El Estado español, no se rige por un Código constitucional, sino por varias "leyes fundamentales", expedidas en diversas fechas y en ocasión de coyunturas distintas, debiendo destacarse, en cuanto a la consagración de derechos humanos individuales y sociales, a los Fueros de los Españoles, y del Trabajo, que han sido desenvueltos legislativamente con desigual coherencia y vigor.

31. Aun cuando el vocablo garantía es sumamente equívoco, pues puede aplicarse a ciertas condiciones sociales y políticas y también a medios tutelares concretos de carácter jurisdiccional, por lo que puede hablarse de garantías sociológicas, políticas y las verdaderas garantías jurisdiccionales, sólo con referencia a órganos jurisdiccionales idóneos se puede hablar de protección procesal de los derechos humanos, clasificando el autor estas últimas en tres sectores: la justicia constitucional, la justicia administrativa y la justicia común:

32. a) *Justicia constitucional*, que comprende en sentido amplio a todos los medios de la defensa constitucional, y en sentido estricto el ejercicio jurisdiccional, y en este último significado se puede mencionar el Tribunal de Garantías Constitucionales, establecido por la Carta Fundamental de 1931; pero en la actualidad sólo existe un instrumento político de control constitucional creado por la Ley Orgánica del Estado de 10 de enero de 1967 y desarrollado por la Ley del 5 de abril de 1968, con el nombre de

“recurso de contrafuero”, el cual sólo puede ser promovido por órganos públicos y resuelto en definitiva por el jefe del Estado, como un control de la constitucionalidad de las leyes con efectos generales.

33. Para subsanar las graves deficiencias e inconvenientes de este sistema, el profesor Almagro propone que se establezca al lado del contrafuero, un *Tribunal del Amparo de los Derechos Fundamentales*.

34. b) *Justicia administrativa*, regulada por la Ley de 27 de diciembre de 1956 que logró la consagración plena de la tesis jurisdiccionalista, matizada por la especialización funcional, y que dentro de los límites en que los derechos fundamentales aparecen reconocidos por las leyes, protege contra los actos de la administración que incurran en cualquier forma de infracción del ordenamiento, inclusive la desviación del poder.

35. c) *La jurisdicción ordinaria civil, del trabajo y penal* configura una protección refleja o indirecta, siendo más evidente en la última, ya que la defensa de las leyes constitucionales y de los derechos fundamentales se logra también mediante la tipificación, enjuiciamiento y condena de determinadas conductas delictivas.

36. La segunda parte de este informe, que puede considerarse prácticamente exhaustivo, se refiere a las garantías y medios procesales comunes y específicos, acogiendo la división señalada por un sector de la doctrina entre medios tutelares de los derechos humanos que *directamente* están instituidos para lograr esa defensa y medios no configurados específicamente a este fin; aun cuando de manera *indirecta* cumplan o sirvan al mismo propósito.

37. En esta dirección, el procesalista español considera que la protección de los derechos humanos se desarrolla en dos vertientes:

38. a) *La del método procesal* considerado en sí mismo como instrumento adecuado y garantizado para proteger los derechos humanos en cuanto éstos abarcan, especialmente, lo que se refiere al proceso penal, garantías judiciales y procesales, que deben respetarse en la dinámica proceso.

39. b) *La del proceso cuyo objeto verse total o parcialmente sobre la tutela de un derecho fundamental*, tomando en cuenta que los derechos fundamentales suelen estar reconocidos en la Constitución y desarrollados en las leyes ordinarias, por lo que la protección adecuada de los mismos en la vía judicial ha de comprender la defensa de la constitucionalidad frente a los actos ilegales. Y, sobre todo, jurisdiccionalizarse la defensa de la Constitución, considerando que son medios ordinarios los que

protegen contra la ilegalidad y medios específicos los que tutelan frente a la inconstitucionalidad.

40. Como en España no existe un control judicial de la constitucionalidad de las leyes, ni a través de una jurisdicción concentrada ni por medio de una jurisdicción difusa, ya sea por vía de acción o de excepción, el autor realiza un examen muy minucioso de las garantías en el proceso penal ordinario, confrontándolas con las disposiciones de las convenciones internacionales, y que están acogidas esencialmente en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, de 4 de septiembre de 1882, la cual tiene grandes aciertos y sólo requiere perfeccionarse, particularmente con el establecimiento del recurso o proceso de hábeas corpus, como lo ha solicitado un sector considerable de la doctrina.

41. El profesor Almagro efectúa una crítica muy certera de las limitaciones que para el acusado se descubren en el proceso penal ante el Tribunal de Orden Público, y con mayor razón tratándose de civiles que son enjuiciados por los tribunales militares.

42. También se examinan las garantías del particular en el proceso calificado como contencioso administrativo, que en general se considera satisfactorio, ya que la regulación procesal en sí responde a líneas de eficacia sin merma de garantías, tomando en cuenta que los inconvenientes provienen de la vía previa administrativa, que debe perfeccionarse.

43. La tercera y última parte de este informe se refiere al examen de la protección procesal de ciertos derechos fundamentales, tales como los relativos a la libertad física, libertad de expresión, libertad y secreto de correspondencia, libertad de residencia, inviolabilidad de domicilio, derechos de reunión y de asociación (especialmente de asociaciones políticas y sindicales), efectuando el autor una crítica muy aguda de los aciertos y deficiencias de la legislación en esta materia.

C) Arlas, José A. (Uruguay): *Protección procesal de los derechos humanos*

44. El procesalista uruguayo analiza los distintos supuestos, en los cuales el proceso configura una *garantía específica* de los derechos humanos consagrados constitucionalmente, prescindiendo de la circunstancia esencial de que el proceso es, por el mero hecho de su existencia, una garantía de todos los derechos.

45. Desde este punto de vista, el profesor Arlas distingue, en relación con el proceso constitucional, las siguientes categorías, que son similares a las del proceso ordinario: contencioso o voluntario, principal o accesorio, preventivo o represivo, declarativo, constitutivo o de condena, y, finalmente, civil, penal, contencioso-administrativo y constitucional.

46. Tomando en cuenta al sujeto u órgano del que emana la lesión, o la amenaza de producirla, sobre los derechos humanos, se puede distinguir si la agresión proviene de un particular o del Estado; si la violación la comete el Poder Legislativo, el poder administrador o el Poder Judicial.

47. El procesalista uruguayo concentra su atención en esta segunda clasificación, y considera como categorías de análisis:

48. a) *Proceso que protege contra la agresión de los particulares*, que se estima como la forma más frecuente de violación de los derechos humanos y admite las modalidades más ricas y variadas con distintos niveles de gravedad, en la inteligencia de que las formas más violentas se han regido como figuras delictivas.

49. b) *Proceso que protege contra la agresión del Poder Legislativo*, respecto de la cual existe una tutela específica, es decir, el *proceso por inconstitucionalidad de las leyes*, que a su vez puede asumir las siguientes modalidades en el derecho uruguayo:

50. a' *Proceso principal por inconstitucionalidad de una ley* que puede considerarse como vía directa o principal, y que de acuerdo con la Ley 13,747, se distingue si es enderezado contra persona determinada, como un auténtico proceso constitucional con la estructura típica del proceso contencioso, cuya decisión sólo posee efectos para el caso concreto; y el que se dirige contra persona indeterminada, que el autor estima como proceso voluntario, por faltar la contienda o litigio, con efectos generales, pero sin autoridad de cosa juzgada.

51. b' *El proceso incidental por inconstitucionalidad de una ley*, el que puede plantearse por las partes en un proceso determinado o bien de oficio por el juzgador hasta antes de la citación de la sentencia, dando lugar a que se le califique como cuestión prejudicial, la que se traduce en la suspensión del proceso principal hasta que se resuelva por la Suprema Corte con alcance limitado para el caso concreto, y sólo cuando la propia Corte considera oficiosamente la cuestión de inconstitucionalidad, ésta no asume carácter incidental, sino que se resuelve en la sentencia definitiva.

52. *c) Proceso que protege contra la agresión del Poder Judicial*, que se presenta cuando los jueces violan los derechos humanos incurriendo en la figura de la “responsabilidad judicial”, como aspecto específico de la responsabilidad por el desempeño de la función pública, y para hacerla efectiva debe promoverse una cuestión previa denominada “antejuicio de responsabilidad”, para después acudir al juicio propiamente dicho, que es eminentemente represivo, ya que se reduce a imponer al juez las sanciones de orden penal, administrativo o civil que haya merecido por su actitud antijurídica.

53. *d) Proceso que protege contra la agresión del poder administrador*, que es el que se presenta con más frecuencia, y que se desarrolla en el derecho uruguayo a través de dos modalidades distintas, y cabe la duda de si es admisible una tercera forma de protección procesal.

54. *a’ El llamado recurso de hábeas corpus*, que se estructura de acuerdo con el modelo angloamericano para proteger el derecho de la libertad física en contra de una prisión indebida, afirmando el profesor Arlas que este proceso procede también tratándose del régimen excepcional, conocido como “medios de pronta seguridad”, en el cual se puede presentar la prisión indebida y lo mismo ocurre en los casos en que se declara la llamada suspensión de la seguridad individual.

55. *b’ El juicio o proceso de amparo*, de origen mexicano y que no ha sido regulado en forma explícita en el derecho uruguayo, sin que tampoco se hubiese acogido por la jurisprudencia; pero el autor considera de acuerdo con la opinión, que comparte, de distinguidos juristas de su país, que debe admitirse este instrumento para la protección de todos los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente, con excepción de la libertad personal, ya tutelada por el hábeas corpus.

56. *c’ El proceso de anulación ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo*, el cual no está destinado exclusivamente a la protección de los derechos humanos, pero llenará esa finalidad siempre que el acto definitivo del órgano administrador lesione un derecho humano al violar una regla de derecho o con desviación del poder.

57. Concluye el profesor Arlas en el sentido de que, en general, es satisfactorio el sistema uruguayo de protección procesal de los derechos humanos; pero que para perfeccionarlo se advierte la necesidad de la adopción del amparo.

D) Conso, Giovanni (Italia): *La protezione processuale dei diritti umani in Italia*

58. El tratadista italiano considera que existe una falta de aplicación de la Derechos Humanos y la vigencia de la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, ya que la Comisión Europea, creada por esta última, ha conocido cerca de un millar de casos, pero la mayoría de los mismos, salvo muy pocos, o se han desechado por inadmisibles o se han desestimado en cuanto al fondo, lo que puede considerarse como un resultado desilusionante.

59. El autor afirma que puede darse a esta situación dos tipos de interpretaciones: una optimista, en el sentido de que la Comisión Europea no ha querido desalentar a los países —entre ellos Italia— que no han ratificado su competencia; y otra pesimista, que al parecer es la que más se aproxima a la realidad, de acuerdo con la cual, los Estados signatarios de la Convención de Roma sólo formalmente han declarado que están dispuestos a patrocinar y aceptar los derechos del hombre; pero en la práctica se cubren unos a otros, como lo demuestra la aplicación del artículo 57 de dicha Convención Europea, ya que las respuestas que se dieron al secretario del Consejo de Europa sobre el respeto a los derechos humanos —con excepción de los informes presentados por Inglaterra y Alemania— se limitaron a contestar, en forma sucinta y superficial, que su ordenamiento legislativo cumplía con las exigencias de la propia Convención, sin hacer mención a la jurisprudencia y la conducta de los órganos administrativos.

60. Así ocurrió con la respuesta del gobierno italiano, por lo que el profesor Conso realiza un estudio minucioso para determinar la situación de la legislación y la jurisprudencia italianas en relación con la mencionada Convención Europea, tomando en consideración que Italia, junto con Grecia y Chipre no han ratificado los artículos 26 (recurso individual) y 46 (competencia de la Corte Europea de Derechos Humanos), y además que la opinión pública, aun la calificada, ignora los problemas relativos a la conformidad de la legislación y su interpretación, con la misma Convención.

61. En la propia Italia, no obstante que la Convención Europea se encuentra en vigor a partir del año de 1955, son muy escasos los asuntos en los cuales los tribunales han invocado la violación de los derechos con-

signados en la misma; pero además debe hacerse una cuidadosa revisión de la justicia penal para adecuarla a la misma Convención, e inclusive al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que debe entrar en vigor próximamente.

62. En seguida, el profesor italiano examina en forma cuidadosa el estado actual de la propia justicia penal italiana en relación con la tutela de los derechos del hombre, llegando a la conclusión de que si bien varios de los preceptos de la Constitución de 1948 se encuentran conformes e inclusive, en ocasiones, superan la consagración de los derechos humanos reconocidos en las citadas Convenciones internacionales, no ocurre lo mismo con los preceptos secundarios, especialmente con algunos de los códigos, Penal, Penal Militar y Procesal Penal, respecto de los cuales existen varios proyectos en estudio que tratan de superar esta falta de adecuación y, en ese sentido, el examen del autor se detiene en los aspectos relativos a la tortura, penas o tratos inhumanos y degradantes; las garantías de la libertad personal y del acusado en el proceso penal; principio de legalidad y de retroactividad favorable del delito y de la pena; y del respeto a la vida privada, familiar, del domicilio y de la correspondencia.

63. Termina el autor adhiriéndose a la petición formulada por el Comité Italiano para los Derechos del Hombre, con motivo del vigésimo aniversario de la Declaración Universal, a fin de que el gobierno de su país ratifique los preceptos relativos a la competencia de la Comisión y de la Corte Europea de los derechos humanos, particularmente en cuanto al reconocimiento de peticiones individuales.

E) Georgopoulos, Constantin L. (Grecia): *La protection juridictionnelle des droits de l'homme en Grèce*

64. El autor afirma que, desde hace un siglo, los jueces han sido considerados en su país como los guardianes naturales de los derechos del hombre; cita los antecedentes constitucionales en los cuales se establecen los instrumentos procesales que permiten a los particulares acudir ante los tribunales para la defensa de sus derechos fundamentales, los que han sido reconocidos, en forma progresiva, por las leyes supremas de 1844, 1864, 1927 y 1952.

65. Por lo que se refiere a la situación actual, es decir, la que se ha establecido bajo el imperio de la vigente Constitución de 29 de septiembre de 1968, el tratadista griego afirma que se ha acentuado la independencia judicial al regularse la carrera judicial y evitarse interferencias legislativas en el funcionamiento de los tribunales, independencia que se extiende también a los jueces administrativos del Consejo de Estado.

66. Por otra parte, se examinan dos instrumentos esenciales de carácter procesal para la tutela de los derechos humanos:

67. a) *La revisión judicial* consagrada en el artículo 118 de la Carta Suprema, que confiere a los tribunales no sólo el derecho sino también la facultad de desaplicar las leyes, decretos-leyes o reglamentos contrarios a la Constitución, confirmando una costumbre constitucional anterior, respecto de la cual el profesor Georgopoulos sostiene que no es letra muerta, ya que previamente o después de la vigencia de la Constitución actual, los tribunales han desaplicado, inclusive de oficio y en numerosas ocasiones, disposiciones legislativas que se consideraron contrarias a la Ley Fundamental.

68. b) *El Tribunal Constitucional*, que constituye una novedad en la Carta Suprema de 1968, y ante el cual pueden acudir el Ministro de Justicia o los afectados por las decisiones del Consejo de Estado, el Tribunal Supremo o el Tribunal de Cuentas, cuando estimen que son contrarias a la Constitución; pero además, este Tribunal puede declarar, con efectos generales, la inconstitucionalidad de las leyes o disposiciones generales que contradigan a la Carta Fundamental, y en este sentido, puede funcionar como instrumento protector de los derechos humanos cuando los mismos han sido violados por algunos de esos ordenamientos.

69. En segundo lugar, el autor examina con detalle la protección judicial de algunos de los derechos fundamentales que se consideran más importantes, entre ellos el de la libertad personal tutelada por el hábeas corpus, que se introdujo desde 1864; pero además, se consideran protegidos judicialmente: la libertad de prensa, la inviolabilidad de la correspondencia, el derecho de asociación, el derecho de propiedad y la igualdad ante la ley.

70. Finalmente, el profesor Georgopoulos analiza la institución relativa a la privación de los derechos individuales, introducida en la vigente Carta de 1968, tomando como modelo la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania; privación que puede solicitarse ante el Tribunal

Constitucional, en los términos del Decreto-Ley número 803 del 1 de enero de 1971, únicamente por la Cámara de Diputados, el Ministro de Justicia o el Procurador de la Corte de Casación, en el plazo de un año y en contra de las personas que abusen de determinados derechos fundamentales, especialmente: los relativos a la inviolabilidad del domicilio, de la libertad de expresión, del secreto de la correspondencia, de la libertad de reunión o asociación o del derecho de propiedad.

F) Gómez Lara, Cipriano (México): *La protección de los derechos humanos en México*

71. Estima el profesor mexicano que sólo en el Estado de Derecho puede hablarse de derechos del hombre, ya que sólo en éste dichos derechos se reconocen y respetan tanto en su dimensión individual como social, a continuación hace una enumeración ideal de los derechos fundamentales de la persona humana y un examen minucioso de los derechos individuales y de contenido social que se consagran en la Constitución mexicana.

72. En seguida, el procesalista mexicano examina las *vías no procesales de protección de los derechos humanos*, afirmando que como tales deben considerarse las actividades gubernamentales o de las organizaciones internacionales que tienen como finalidad primordial la de desempeñar tareas y cometidos en beneficio del hombre, señalando especialmente la extensa gama de recursos, quejas y los que llama reacertamientos, de carácter administrativo, que las autoridades tramitan y resuelven frente a particulares inconformes, en una relación que es puramente lineal frente al órgano del gobierno, y que puede considerarse como el umbral del proceso.

73. *En cuanto a la protección de los derechos humanos por vías procesales* el autor afirma que el proceso es siempre o tiende a ser un medio de protección de los derechos del hombre y de los derechos de la sociedad.

74. Enfoca estas vías, con criterio sistemático, en tres categorías:

75. a) Los procesos comunes ordinarios, como medios protectores de los derechos humanos.

76. b) Las garantías procesales, o sean los requisitos y formalidades del correcto y legal enjuiciamiento.

77. c) Los procesos creados especialmente como instrumentos de protección de los derechos y garantías del hombre, frente a los actos de autoridad del Estado.

78. Después de un breve análisis de los dos primeros aspectos, el profesor Gómez Lara centra su atención, como el aspecto esencial de su informe, en los procesos específicos, entre los cuales considera los siguientes:

79. a' *El juicio de amparo* que es sin duda el de mayor trascendencia en el ordenamiento mexicano, para cuyo examen aborda el autor el doble orden de autoridades judiciales del régimen federal, señalando gráficamente la doble competencia, ordinaria y constitucional, que corresponde a los tribunales federales, cuya estructura y funciones describe de manera precisa.

Siendo el amparo un instrumento procesal muy complejo, que prácticamente sirve como medio protector de todo el ordenamiento jurídico mexicano, el autor lo clasifica, para fines de estudio, en tres sectores:

80. a'' El amparo directo o uniinstancial, contra sentencias definitivas de los tribunales judiciales, administrativos y del trabajo, y que tiene muchos puntos de semejanza con el recurso de casación.

81. b'' El amparo indirecto o biinstancial, contra actos de cualquier autoridad, comprendiendo en este aspecto la impugnación tanto de los actos ilegales, como aquellos que infrinjan directamente las normas constitucionales, entre ellas, por supuesto, las que consignan los derechos fundamentales del hombre.

82. c'' El amparo indirecto o biinstancial contra leyes, que se traduce en el control de la constitucionalidad de los ordenamientos legislativos, pero siempre con efectos para cada caso concreto.

83. El profesor Gómez Lara afirma que el juicio de amparo mexicano posee una larga y centenaria tradición, por lo que, en términos generales, es un medio eficaz para la protección de los derechos y garantías individuales, lo que no significa que carezca de defectos, por lo que invocando la autoridad del profesor Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, señala las modificaciones que deben realizarse para el perfeccionamiento de la institución.

84. b' *El juicio ante el Tribunal Fiscal de la Federación* el cual fue introducido, tomando en cuenta hasta cierto punto el modelo del Consejo de Estado francés, en la Ley de Justicia Fiscal de 1936, y actualmente

regulado por el Código Fiscal y la Ley Orgánica de dicho Tribunal, que entraron en vigor el 1 de abril de 1967; y cuya competencia ha ido creciendo para comprender la impugnación de los actos y resoluciones no sólo de las autoridades estrictamente tributarias de la Federación y del Distrito Federal, sino también los de otras autoridades administrativas de la Federación, por lo que está destinado a convertirse en un verdadero tribunal administrativo.

85. *c' Tribunal de lo Contencioso-Administrativo del Distrito Federal*, de creación muy reciente, ya que su Ley Orgánica se publicó el 17 de marzo de 1971 y entró en funciones cuatro meses después, por lo que todavía no existe un análisis doctrinal y sistemático; pero del examen del texto legislativo podemos descubrir que se trata de un órgano judicial autónomo, situado, como el Tribunal Fiscal Federal, que se tomó como modelo, dentro de la esfera formal de la administración, y cuya competencia se extiende al conocimiento de todos los actos y resoluciones, con excepción de los tributarios, de las autoridades administrativas del Distrito Federal, pudiendo decirse que el procedimiento es realmente breve y sencillo, de carácter flexible y con la posibilidad del juzgador para subsanar de oficio los errores en que hubiese incurrido el particular demandante, con lo que se puede procurar una protección rápida y eficaz a los afectados por dichos actos de autoridad.

G) Jauernig, Othmar (República Federal de Alemania): *Der gerichtliche Rechtsschutz der Menschenrechte in der Bundesrepublik Deutschland*

86. La Ley Fundamental de la República Federal, del 23 de mayo de 1949, considera la dignidad del hombre como el valor más alto del orden jurídico, de manera que la vigilancia y la protección de esa dignidad constituyen el fundamento mismo del Estado.

87. Por otra parte, si bien los derechos calificados como fundamentales (*Grundrechte*), o sea los derechos del hombre consagrados en el primer título de la Constitución Federal —y también aquellos que se equiparan a los primeros— pueden ser limitados por o con apoyo en una ley ordinaria, debiendo considerarse inviolables e inalienables en su contenido; son *derechos aplicables en forma directa* para los órganos del poder público y respecto de los particulares y, además, quedan excluidos de toda reforma constitucional.

88. Dentro de la misma esfera de los derechos fundamentales deben comprenderse los consignados en la Convención Europea de 1950 y su Protocolo adicional de agosto de 1952, pues ambas convenciones fueron ratificadas por el Parlamento, si bien su jerarquía ha sido objeto de controversia, llegándose a la conclusión de que sólo tienen el carácter de ordenamiento federal: en tanto que la Declaración Universal de Derechos del Humanos, de 1948, no posee efecto directo en la República Federal, pero la mayoría de sus principios generales han sido incorporados en las bases del derecho de la misma República.

89. Por lo que se refiere a la tutela jurisdiccional de los citados derechos fundamentales, el profesor de la Universidad de Heidelberg afirma que no existe una institución específica para lograr dicha protección en sus aspectos generales, pero en cambio se configura una garantía jurisdiccional genérica respecto de todo aquel que sea lesionado en su esfera jurídica por el poder público, en los términos del artículo 19, parágrafo 4, de la Constitución Federal.

90. a) De acuerdo con este principio general de garantía jurisdiccional, toda violación de los derechos de los particulares, efectuadas por las autoridades públicas, puede impugnarse ante los tribunales, entre los cuales figura, en primer término, el Tribunal Constitucional Federal; los tribunales constitucionales de las provincias (*Länder*); los tribunales administrativos, los cuales se subdividen en ordinarios y especializados, y entre estos últimos se encuentran los financieros y los sociales; y finalmente y en menor escala, intervienen en la protección de los derechos de los gobernados frente al poder público, los tribunales ordinarios civiles y penales, que conocen de las violaciones respectivas de acuerdo con reglas específicas de competencia y, en términos generales, cuando estas violaciones provienen de las relaciones entre particulares.

91. b) Además de la protección general respecto de todos los derechos de los particulares, constitucionales u ordinarios, existe un instrumento específico y particular para la tutela exclusiva de los derechos fundamentales y de aquellos que se consideran equiparados a éstos, el cual se ha traducido como *recurso constitucional* (*Verfassungsbeschwerde*), debiendo tomarse en consideración que a través de este instrumento no sólo se tutelan los derechos del hombre consagrados específicamente, ya que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal ha ampliado el concepto de los propios derechos fundamentales.

92. El profesor Jauernig realiza un examen minucioso del recurso constitucional, que tuvo su origen en la Ley Orgánica del citado Tribunal Federal Constitucional de 1951, y elevado al rango constitucional en la reforma a la Ley Suprema del 29 de enero de 1969.

93. El recurso constitucional posee *carácter subsidiario*, o sea que previamente deben agotarse los medios de defensa o de impugnación ordinarios, a no ser que el mismo Tribunal Constitucional Federal lo admita directamente cuando considere que tiene trascendencia general o cuando el recurrente pudiera sufrir un perjuicio grave irreparable si acude previamente a los recursos ordinarios.

94. Debido al número excesivo de recursos constitucionales, que amenazaba con paralizar la actividad de las dos salas del propio Tribunal Constitucional, se reformó su Ley Orgánica en tres ocasiones, es decir, en 1956, 1963 y 1970, para regular un procedimiento previo de admisión ante comisiones de tres magistrados designados anualmente por las salas, con facultades para desechar dichos recursos cuando consideren que no cumplen con los requisitos de procedencia fijados por la misma ley, aun cuando la doctrina ha preconizado que sería preferible un procedimiento discrecional similar al *writ of certiorari* ante la Corte Suprema Federal de los Estados Unidos.

95. c) Además del recurso constitucional, existe otro instrumento que si bien no constituye una forma específica de protección de los derechos del hombre, ya que puede apoyarse en razones diversas, puede funcionar como tal cuando se controvierte la violación de tales derechos, es decir, *el control de la constitucionalidad de las leyes (Normenkontrolle)*, el cual asume, a su vez, dos modalidades:

96. a' Un *control concreto*, que a su vez puede ser *difuso*, es decir, realizado por todos los tribunales tratándose de disposiciones generales que no tienen el carácter de leyes ordinarias (reglamentos y decretos), o bien cuando se refiere a leyes expedidas con anterioridad a la vigencia de la Ley Fundamental de 1949; pero también *concentrado*, en relación con los ordenamientos legislativos posteriores a la citada Constitución Federal, pues en este último supuesto, el juez ordinario debe suspender el procedimiento y elevar los autos al Tribunal Constitucional Federal —o al Tribunal Constitucional Local, según sea el caso— para que decida exclusivamente sobre la cuestión de inconstitucionalidad con efectos generales, es decir, *erga omnes*.

97. *b'* Un *control abstracto* que pueden solicitar, por vía directa ante el referido Tribunal Constitucional Federal, el Gobierno Federal, el gobierno de una provincia, un tercio de los miembros de la Asamblea Federal (*Bundestag*), cuando se discuta la constitucionalidad de una ley federal o local, o bien cuando se discuta la contradicción entre un ordenamiento provincial y otro de carácter federal, y en caso de estimarse fundada la reclamación, la declaración de inconstitucional asume también efectos generales.

98. Aun cuando, según el principio general, los efectos generales de la inconstitucionalidad deben ser *ex tunc*, el Tribunal Constitucional Federal ha encontrado siempre la forma de evitar los efectos inadmisibles de una nulidad retroactiva, en casos particularmente críticos.

H) Jolowicz, J. A. (Inglaterra): *Procedural Protection of Human Rights: England*

99. El autor hace notar que en Inglaterra impera el principio de la supremacía del Parlamento, de manera que no existe una declaración de derechos de rango superior a la legislación ordinaria, y por otra parte, el Reino Unido, del cual forma parte la misma Inglaterra, ha suscrito la Declaración Universal y la Convención Europea, de Derechos Humanos, aceptando, además, la competencia de la Comisión y de la Corte Europeas para conocer peticiones individuales; pero tales convenciones no forman parte del derecho nacional, contrariamente a lo que ocurre con otros países del Consejo de Europa, pues para ello sería necesario una ley del Parlamento que lo autorice, lo que no ha ocurrido hasta la fecha, por lo que *los particulares no pueden invocar ante un tribunal inglés los derechos que les otorgan dichas convenciones*.

100. En seguida, el profesor de la Universidad de Cambridge analiza algunos de los derechos fundamentales que poseen protección procesal específica:

101. *a)* *La libertad personal*, que está tutelada jurídicamente a través de tres procedimientos esenciales: el *writ of habeas corpus*; la acción de responsabilidad (*tort*) por detención indebida, y la libertad caucional.

102. *a'* El *writ of habeas corpus* fue conocido en épocas remotas en una variedad de formas; pero el principal desarrollo como medio de protección del gobernado, en contra de la privación ilegal de la libertad, se manifestó durante las luchas constitucionales entre el Parlamento y la

Corona, durante el siglo XVII.

103. De acuerdo con la legislación actual, dicho instrumento procesal protege no sólo contra detenciones provenientes de la autoridad, sino también respecto de actos de particulares, como los relativos a la custodia de menores o del internamiento en casas de salud, se caracteriza por su rapidez y eficacia; pues si bien en casos normales implica un procedimiento contradictorio que se dirige al custodio del detenido, el cual tiene la carga de la prueba de que se han cumplido los requisitos legales de la privación de la libertad, puede decretarse un mandamiento de libertad, inclusive, con la sola presentación de la solicitud del afectado o de sus familiares, la cual debe tramitarse inmediatamente, y si ningún tribunal se encuentra sesionando, la petición puede hacerse en el domicilio privado del juez.

104. *b' Responsabilidad por detención indebida*, la que constituye un remedio civil que cae dentro de la esfera del derecho privado inglés, no obstante lo cual ha operado como un motivo esencial en el desarrollo de la ley sustantiva que se refiere a la libertad del gobernado, ya que en un gran porcentaje de los casos el demandado ha sido un funcionario policiaco o gubernamental, insistiendo el profesor Jolowicz en el sentido de que *no existe una consagración legislativa del derecho de libertad*, y que la acción por responsabilidad de que se trata no es especial sino que es similar a cualquier otra acción ordinaria.

105. *c' Libertad bajo caución*, que surgió para conciliar la necesidad de que los procesados criminalmente no se sustraigan a la acción de la justicia, con el principio de que el acusado debe considerarse inocente hasta que no se demuestre su culpabilidad, y que de acuerdo con la legislación actual se traduce en un beneficio bastante generoso, ya que, por una parte, para los delitos menores no existe detención preventiva sino citación ante el tribunal; pero en los casos de mayor gravedad, el detenido tiene derecho a que inmediatamente se resuelva por el juzgador sobre su libertad caucional, e inclusive en algunos casos, cuando se trata de personas que son privadas de la libertad sin mandato judicial —lo que la ley autoriza en determinados casos— y no es posible su consignación ante el juez dentro de 24 horas, el encargado de la estación de policía puede ponerlo en libertad, fijando una fianza “razonable” y citándolo ante el tribunal respectivo.

106. *b) Libertad contra la discriminación*, no existe un texto constitucional prohibiendo la discriminación, pero hace muchos años se abolieron las leyes que establecían principios discriminatorios por raza, credo, color o religión; en 1947 se suprimió la inmunidad de la Corona —continúa la del monarca— para ser demandada por daños y perjuicios, y en 1954, ciertos privilegios judiciales de los funcionarios, de manera que, en la actualidad, *los organismos oficiales y los funcionarios están sujetos al derecho ordinario*.

107. Sin embargo, se ha legislado últimamente sobre relaciones raciales, especialmente en la Ley de 1965, reformada en 1968, que además de declarar ilegales varias formas de discriminación en lugares con acceso al público, empleos, habitaciones e, incluso, anuncios, introdujo un procedimiento específico, administrativo y judicial, para combatir las prácticas discriminatorias.

108. En efecto, se estableció una Oficina de Relaciones Raciales (*Race Relations Board*) de carácter oficial, y además comités locales de conciliación, organismos que procuran arreglar amistosamente las quejas contra prácticas discriminatorias; pero si ello no es posible, la citada Oficina, pero no el afectado, puede acudir ante los tribunales para ejercer acciones de derecho privado, la *injunction* para obtener un mandato exigiendo al demandado que se abstenga, o impida que otros realicen, una conducta que se estima discriminatoria, o bien el pago de daños y perjuicios, o ambos.

109. *c) Revisión judicial de las resoluciones de tribunales o autoridades administrativos*. En época reciente se ha llegado a la conclusión de que los instrumentos procesales tradicionales no son adecuados para tutelar a los particulares contra actos o resoluciones administrativos, particularmente cuando asumen carácter discrecional, y por ello en la Ley de Tribunales Administrativos de 1971 (*Tribunals and Enquiries Act, 1971*), el Parlamento ha establecido que se puede apelar ante la Corte Superior (*High Court*) contra las decisiones de varios tribunales administrativos establecidos por la ley.

110. Además, pueden mencionarse otros dos tipos de procedimientos que, no obstante ser de carácter privado y tradicional, se utilizan con frecuencia en esta materia:

111. *a' Prerogative orders*, que a partir de 1938 sustituyeron los antiguos *writs* de los mismos nombres, y que son tres: *certiorari*, *prohibition* y *mandamus*. El primero implica elevar la causa ante la Corte Superior (*High Court*) para su revisión, si dicho tribunal lo estima conveniente;

el mandato prohibitorio implica la prevención al juez inferior o a otro organismo oficial para que no actúe o deje de actuar en exceso de su competencia o ilegalmente de otra manera; y a través del *mandamus* se ordena el cumplimiento de una obligación legal.

112. *b' Declaration e injuction.* El primero equivale a lo que en el derecho continental se conoce como acción o juicio declarativo, y su función esencial ha desembocado en la declaración de nulidad de las decisiones de organismos administrativos que afecten derechos individuales; y el segundo se traduce en la posibilidad de obtener un mandato judicial para evitar que las autoridades administrativas realicen un acto ilícito, por lo que eventualmente puede ser útil como instrumento contra la violación de los derechos de los particulares.

113. Concluye al autor su trabajo en el sentido de que, fuera de aspectos muy limitados, no existen en el derecho inglés procedimientos especiales para tutelar los derechos de los particulares, ya que no obstante la gran masa de legislación existente, la protección del individuo depende todavía de manera esencial del *common law*, tal como ha sido desarrollado por los tribunales en el curso de procedimientos ordinarios.

114. El estudio del profesor Jolowicz incluye un interesante apéndice, en el cual analiza la situación jurídica que prevalece en la región autónoma de Irlanda del Norte, particularmente, por lo que se refiere a la actual situación de emergencia y el funcionamiento de los instrumentos procesales respecto de las medidas de seguridad contra la libertad de las personas.

I) Manrique Soto, Ana C. y Cabrera Anaya, Mirtiliano (Venezuela): *Protección procesal de los derechos humanos*

115. Después de una amplia introducción sobre el desarrollo de los derechos humanos en el derecho comparado y en las convenciones internacionales, los autores señalan minuciosamente el reconocimiento de los mismos derechos a través de las distintas y numerosas constituciones de Venezuela, a partir de 1811 hasta la vigente, de 23 de enero de 1961.

116. A continuación, los profesores de la Universidad de Carabobo estiman que es necesario distinguir entre los derechos fundamentales y las garantías de esos derechos, que vienen a ser los medios o instrumentos procesales a través de los cuales es posible su eficacia y protección, tanto

en la esfera individual como social.

117. La citada protección procesal de los derechos humanos tiene que fundamentarse, en opinión de los autores, en principios más enérgicos que los que conforman y configuran la tutela de los derechos ordinarios, aun cuando no debe olvidarse que la jurisdicción ordinaria tiene diversas formas o maneras para tutelar los derechos del hombre, ya que el proceso civil, al igual que todo proceso, constituye uno de los medios de satisfacer el derecho fundamental consagrado en la Constitución para solicitar justicia, lo que no viene a ser otra cosa que el derecho de acción como manifestación del derecho constitucional de petición.

118. Afirman los juristas venezolanos que, en su concepto, son cuatro los instrumentos procesales específicos para la tutela de los derechos humanos, a saber: el juicio de responsabilidad de los funcionarios, el hábeas corpus, el juicio de amparo y la acción o recurso de inconstitucionalidad, siendo los tres últimos integrantes de lo que el tratadista italiano Mauro Cappelletti ha calificado con acierto como *jurisdicción constitucional de la libertad*.

119. a) En relación con el hábeas corpus, los autores señalan previamente los requisitos que el Código de Enjuiciamiento Criminal exige para la detención preventiva, tanto judicial como administrativa, y después de hacer referencia a la introducción del hábeas corpus, en la Carta Constitucional de 1947 que lo reguló provisionalmente en la disposición transitoria decimoquinta, analizan con mayor detalle la institución tal y como está regulada por la Ley Fundamental vigente de 1961, que lo consagra, en forma genérica, en su artículo 49, pero establece sus bases esenciales en la disposición transitoria quinta, que tiene aplicación en tanto se dicte la ley reglamentaria, que todavía no se expide.

120. b) El *amparo* como instrumento para la tutela de los restantes derechos fundamentales no protegidos por el hábeas corpus, está regulado exclusivamente por el citado artículo 49 constitucional, pero se discute su aplicación debido a la ausencia de bases constitucionales como el hábeas corpus, y de la ley reglamentaria respectiva, aun cuando algunos tribunales la han admitido como institución jurisprudencial.

121. c) *Acción o recurso de inconstitucionalidad*, que en Venezuela asume dos modalidades:

122. *a'* La acción popular de inconstitucionalidad que puede hacerse valer contra cualquier ley federal o local y demás actos de los cuerpos legislativos que se consideren contrarios a la Constitución Federal, ante la Corte Suprema de Justicia, la cual puede declarar dicha inconstitucionalidad con efectos generales, es decir *erga omnes*.

123. *b'* Por vía de *excepción*, según el artículo 7o. del Código de Procedimiento Civil, de acuerdo con el cual, las partes en un proceso concreto pueden plantear la inconstitucionalidad de la ley aplicable el caso, y si dicha cuestión se considera fundada, o el juez así lo estima de oficio, la decisión respectiva se traduce en la desaplicación de las disposiciones legislativas, en ese caso particular.

124. *d)* También los *recursos internos* o *el proceso administrativo* pueden utilizarse eventualmente para proteger a los particulares frente a una administración que interviene cada vez con mayor fuerza en las relaciones económicas y sociales de los gobernados, aun cuando el llamado contencioso-administrativo se estructura como control de legalidad y no de constitucionalidad.

125. Concluyen los autores en el sentido de que si bien, tanto en Venezuela como en toda la América Latina, existen instrumentos para la tutela y la defensa de los derechos humanos, las frecuentes convulsiones sociopolíticas, las situaciones de anormalidad o de emergencia, así como los regímenes autoritarios, impiden la realización efectiva de tales instrumentos, citando casos concretos de violaciones de los derechos humanos, especialmente por lo que se refiere a la libertad personal.

J) Moraes e Barros, Hamilton de (Brasil): *A proteção jurisdiccional dos direitos humanos no direito positivo brasileiro*

126. El autor, después de una breve referencia a la consagración de los derechos humanos, a partir de la Constitución de 1824, y que se fueron ampliando progresivamente en las Cartas de 1891, 1934, 1837, 1946, 1967, y en la reforma de esta última, expedida en 1969, destaca la regla constante establecida por estas Leyes Fundamentales, inspirada en la enmienda IX de la Constitución Federal de los Estados Unidos, en el sentido de que la enumeración de los derechos y garantías en la misma Ley Suprema, no excluye otros derechos y garantías derivados del régimen y de los principios que ella adopta.

127. Considera el profesor brasileño que nada valdría una declaración de derechos del hombre, por amplia y generosa que fuese, si no existieran medios de hacerlos valer, es decir, instrumentos técnicos para lograr su efectividad; y el derecho brasileño, tanto en la doctrina como en los tribunales, ha perfeccionado dichos instrumentos.

128. En principio, Brasil consagra la regla de la *unidad del organismo judicial*, si se toma en cuenta que ya desde la Carta Republicana de 1891 se suprimió el contencioso-administrativo implantado por el imperio, y en la actualidad, el artículo 153, párrafo 4, del texto vigente de la Constitución Federal, dispone que la ley no podrá excluir de la apreciación del Poder Judicial cualquier lesión al derecho individual, lo que significa que toda clase de controversias deben someterse a los tribunales judiciales, inclusive las de carácter administrativo y las de naturaleza constitucional, por lo que el Supremo Tribunal Federal, además de constituir el más alto grado del Poder Judicial, ejerce la doble función de tribunal de justicia y de corte constitucional.

129. En primer término, el Estado brasileño establece varias garantías para la magistratura, como la carrera judicial, la permanencia, la inamovilidad y la no disminución de los ingresos, que se traducen en último extremo en garantías del justiciable; pues sólo un Poder Judicial, efectivamente vigoroso, puede estar investido de la independencia necesaria para decidir los conflictos en los cuales interviene la administración.

130. Los dos grandes remedios procesales específicos del derecho brasileño son el hábeas corpus y el *mandado de segurança*.

131. a) El hábeas corpus se introdujo en el artículo 340 del Código Procesal Penal del Imperio, y posteriormente fue elevado a la categoría de garantía constitucional, y en la actualidad está consagrado por el artículo 153, párrafo 20, del texto vigente de la Constitución Federal, reglamentado ampliamente por el Código Procesal Penal, de acuerdo con los cuales puede solicitarse por el afectado o cualquier persona en su nombre, contra limitaciones ilegales a la libertad física, pudiendo extender el juez la tutela a otras personas que se encuentren en la misma situación, e inclusive *de oficio*, cuando en el curso de un proceso tenga conocimiento de alguien que sufre o está en inminente peligro de padecer coacción ilegal, todo lo cual se complementa con lo dispuesto por el párrafo 12, párrafo final, del artículo 153 constitucional, según el cual, la prisión o detención de cualquier persona será comunicada inmediatamente al juez competente, quien debe revocarla si no fuere legal.

132. Dentro del proceso penal puede invocarse el hábeas corpus en casos evidentes de ilegalidad en la prisión, ya sea porque ha sido ordenada por autoridad incompetente, se hubiese extinguido la punibilidad o falte justa causa para el ejercicio de la acción penal.

133. *b)* El autor estima que el *mandado de segurança* es una contribución brasileña a la ciencia del proceso, ya que fue una creación de la Constitución de 1934, y actualmente se encuentra regulado por el artículo 153, párrafo 21, de la Constitución vigente, y reglamentado por la Ley 1,533, del 31 de diciembre de 1951.

134. Este instrumento se traduce en la orden del juez a la autoridad para que practique determinado acto o se abstenga de hacerlo, con la posibilidad de que el mismo juzgado adopte medidas de carácter precautorio.

135. Procede fundamentalmente contra actos y resoluciones de las autoridades administrativas, y después de largos debates doctrinales y variaciones de la jurisprudencia, también se ha llegado a admitir, excepcionalmente, contra resoluciones judiciales.

136. La tramitación de este proceso es sumarísima y contradictoria, pudiendo conceder provisionalmente la protección a través de medidas cautelares, las que pueden otorgarse, inclusive, antes de oírse a la autoridad demandada, con la simple presentación de la demanda, cuando exista peligro de que se causen graves daños al peticionario.

137. *c)* La tutela de los derechos humanos no se agota en los instrumentos específicos anteriores, ya que el profesor Moraes e Barros menciona otras instituciones consagradas en la Constitución Federal: la asistencia judicial a los necesitados; el derecho de petición a los poderes públicos en contra de abusos de autoridad; el control de la constitucionalidad de las leyes, reglamentado por la Ley número 4,337, del 1 de junio de 1964; el derecho de propiedad; los derechos laborales a través del proceso del trabajo, que desarrolla ante tribunales especializados de carácter federal.

138. *d)* Finalmente, el autor menciona las situaciones de emergencia y, particularmente, las que se derivan del Acta Institucional número 5, del 13 de diciembre de 1968, de acuerdo con la cual no sólo se suspende la aplicación del hábeas corpus, respecto de ciertos actos de tipo político, sino también se excluyen otros, de la apreciación del poder judicial, todo ello en virtud de la difícil situación que ha atravesado Brasil en los últimos años, la que es de esperarse sea transitoria y pueda superarse.

K) Morello, Augusto M. (Argentina): *Protección procesal de los derechos humanos en Argentina*

139. Ninguno de los derechos constitucionales tiene carácter absoluto, de acuerdo con la jurisprudencia constante de la Corte Suprema Argentina, ya que se gozan conforme a las leyes que reglamentan su ejercicio, en los términos del artículo 14 de la Constitución Nacional; pero la medida de la reglamentación debe ser *razonable*, tomando en consideración que los derechos consagrados en los preceptos de la Ley Suprema tienen la misma jerarquía y deben interpretarse en forma armónica, ya se trate de derechos individuales o de atribuciones estatales.

140. Por otra parte, a los derechos individuales tradicionales consagrados por el texto primitivo de la Constitución Nacional, se han venido a sumar otros que genera el *derecho civil* contemporáneo y que tuvieron recepción expresa en 1957, al incorporarse el artículo 14 bis a la Carta Fundamental, por lo que al hablarse de la protección procesal de los derechos de la persona humana, es indispensable comprender también la tutela de los derechos de carácter social.

141. Sostiene el profesor Morello, que deben acotarse las áreas conceptuales de los “derechos” y de las “garantías” de carácter constitucional; pues los derechos sustanciales consagrados expresa o implícitamente por la Constitución Nacional, hallan su adecuada protección y su forma de asegurarla, a través de las garantías, en las cuales comprende las siguientes:

142. a) *Hábeas corpus*, que ha funcionado correctamente en el derecho argentino para la tutela de la libertad personal, pero que ha sufrido graves limitaciones por disposiciones emanadas del actual gobierno *de facto*.

143. a' La reforma en 1970 al Código de Procedimiento en lo Criminal de la Capital Federal, para otorgar efecto suspensivo al recurso de apelación contra la concepción del *hábeas corpus*, lo que impide la libertad inmediata del detenido en tanto el tribunal superior no confirme la resolución de primera instancia.

144. b' La jurisprudencia ha interpretado restrictivamente el artículo 23 constitucional, afirmando que la facultad de arrestar a las personas durante las situaciones de emergencia no es susceptible de revisión judicial, aun cuando en época reciente este criterio se ha atenuado en forma relativa.

145. *b)* *Amparo*, el que técnicamente se configura como una acción de garantía constitucional de la libertad, de trámite rápido, expedito y no formal, que se integra con el hábeas corpus, pues mientras éste protege la libertad física o de locomoción, aquél es el auxilio idóneo para resguardo de todos los demás aspectos de libertad constitucional.

146. Este instrumento tutelar surgió con fluidez de movimiento en los casos pilotos de “Siri” y “Kot”, pero ha sufrido una acentuada debilitación en el ámbito nacional, en varias direcciones:

147. *a'* Ha prosperado en la jurisprudencia el criterio de que esta acción constituye una rigurosa *vía excepcional*, en ausencia de otro medio adecuado, rigor que se ha acentuado tratándose de actos provenientes de autoridades administrativas.

148. *b'* De acuerdo con la ley nacional 16,986 no procede la acción de amparo en los supuestos en que existan recursos o remedios judiciales o administrativos que permitan obtener la protección del derecho respectivo; cuando la intervención judicial pueda comprometer, directa o indirectamente, la regularidad, continuidad o eficacia de la prestación de un servicio público o el desenvolvimiento de actividades del Estado; cuando la eventual validez del acto requiera de una mayor amplitud de debate o de prueba; o bien, tratándose de la inconstitucionalidad de leyes, decretos u ordenanzas.

149. *c'* El autor considera equivocada la doctrina imperante en el sentido de que, en principio, la acción de amparo *no es medio apto para declarar la inconstitucionalidad de las leyes, decretos u ordenanzas*, la que se remite a los procedimientos ordinarios.

150. *d'* La ley nacional de amparo y las de algunas provincias limitan la procedencia de la institución a la impugnación de los actos de poder público, contrariando la jurisprudencia anterior, aun cuando esta restricción se atenúa relativamente con el establecimiento del *proceso sumarísimo*, establecido por los artículos 321 y 498 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, que actúa como equivalente o sustituto del amparo, respecto de actos de particulares.

151. El profesor Morello señala que en la práctica se advierte una clara tendencia a la restricción de la procedencia del amparo, tomando en cuenta que en los últimos tres años pocas acciones de amparo han tenido éxito.

152. *c) Control judicial de la constitucionalidad de las leyes*, el cual sólo puede efectuarse en el ámbito nacional en un juicio contencioso común entre partes, para la dilucidación de cuyos derechos y con el fin de la condena o absolución de quien plantea el punto, puede ser necesario considerar la validez constitucional de la norma impugnada, pero en cambio, en la provincia de Buenos Aires funciona un sistema preventivo, superior al nacional, regulado en el Código Procesal Civil.

153. A este respecto, el autor califica de poco acertada a la jurisprudencia constante de la Corte Suprema, que ha negado la posible declaración *de oficio* de la inconstitucionalidad de las normas generales, si son de decisiva incidencia para la solución de la cuestión a decidir.

154. *d) Debido proceso*, consagrado por el artículo 18 de la Constitución nacional, y que ha sido interpretado por la Corte Suprema a través de una flexible y amplia recepción de la teoría de la *sentencia arbitraria*, que ha permitido por el camino del *recurso extraordinario*, dejar sin efecto sentencias no fundadas o que sólo contenían un fundamento aparente o un remedo de tal.

155. Sobre esta materia, el profesor Morello señala dos aspectos esenciales:

156 *a'* Por medio de la Ley 18, 232 el gobierno *de facto* atribuyó a los tribunales militares el juzgamiento de personas que incurrieran en hechos o situaciones previstos por el Código de Justicia Militar, lo que implica la violación del principio del juez natural, consagrado por el mismo artículo 18 constitucional.

157. *b'* La inviolabilidad de la defensa en juicio se ha pretendido regular a través de los nuevos códigos procesales que se han expedido, tanto en el ámbito nacional como en algunas provincias, sin que se hubiese logrado un decidido progreso.

158. El tratadista argentino examina, finalmente, los medios de tutela para varios derechos fundamentales específicos, entre ellos, el derecho de propiedad, que de manera paradójica está mejor protegido procesalmente que los derechos inherentes a la persona humana, que son los que requieren una tutela más enérgica: la seguridad jurídica, el derecho de igualdad, el de publicar las ideas y el de reunión, en todos los cuales, se advierte una expansiva manifestación reglamentaria a través del intenso ejercicio del poder de policía, limitaciones que no pueden analizarse en abstracto sino de acuerdo con la vida real, y a este respecto la Corte Su-

prema ha establecido un equilibrio entre dichas garantías y otros valores más importantes para el orden público y el de la comunidad.

L) Sarmiento Núñez, José Gabriel (Venezuela): *Protección procesal de los derechos humanos*

159. El autor estima que la vigencia y garantía de los derechos humanos está asegurada en Venezuela a través del artículo 49 de la Constitución Federal, que impone a los tribunales el deber de amparar a todo habitante de la República en el goce y ejercicio de los derechos y garantías constitucionales, disposición que ha sido desarrollada por los órganos judiciales, que paulatinamente han venido abriendo caminos adecuados a la institución del amparo.

160. El tratadista venezolano concreta su exposición, en vista de la amplitud del tema, a un aspecto que ha sido objeto de controversia entre los profesionales del derecho en su país, y sobre el cual tampoco los tribunales han llegado a establecer un criterio jurisprudencial uniforme y definitivo, o sea, la *protección de los derechos humanos frente a violaciones de que puedan ser objeto por el Poder Judicial*, apoyando su punto de vista en el artículo 46 de la Constitución Federal, de acuerdo con el cual es nulo todo acto del poder público que viole o menoscabe los derechos garantizados por la misma Ley Suprema, de lo que debe concluirse que el amparo procede contra actos emanados de cualquiera de esos poderes, en todos sus grados y jerarquías.

161. En tal virtud, el profesor Sarmiento Núñez afirma que el amparo es procedente cuando el juez infringe los derechos fundamentales y más, particularmente, cuando los órganos jurisdiccionales infringen el artículo 60, ordinal 1, de la Carta Suprema Federal, al privar o restringir la libertad de una persona, a través de órdenes de detención en los casos para los cuales la ley no los autoriza expresamente.

162. Es cierto que el amparo ha sido instituido como *remedio excepcional* para casos también excepcionales, es decir, en aquellos en los cuales la violación de los derechos fundamentales resulta evidente; pero también debe tomarse en cuenta que el propio amparo no ha sido instituido como un *remedio subsidiario*, sino, por el contrario, como un instrumento autónomo e independiente, por lo que *los remedios ordinarios sólo serían aplicables frente al amparo de la libertad*, siempre que dichos remedios

produjeran el mismo efecto y se tramitaran con la rapidez del propio amparo, pues de lo contrario se agrava la situación del detenido, como ocurre en los casos de violación evidente del derecho de libertad, si se acude al reclamo y, posteriormente, al recurso de apelación contra los autos de detención dictados por los jueces instructores, ya que dichos medios de impugnación se tramitan en forma lenta y tardía.

163. Aclara el tratadista venezolano que la admisión del amparo de la libertad, en los casos evidentes que señala, no debe estimarse como un precedente para que dicho instrumento sea utilizado en todos los supuestos en los cuales se dicte auto de detención por la autoridad judicial, ya que el instrumento tutelar de que se trata sólo puede interponerse cuando la detención es acordada con *infracción inmediata y directa* de la disposición constitucional que garantiza la libertad individual.

164. El autor cita, en apoyo de su punto de vista, lo afirmado por el presidente de la Corte Suprema del Perú en 1961, en el sentido de que dicha Corte había admitido el hábeas corpus en casos similares, tratándose de resoluciones judiciales, y el mismo criterio ha sustentado recientemente la Corte Superior Primera en lo Penal del Distrito Federal de Venezuela, al decidir que el amparo procede contra actos del Poder Judicial que violen derechos individuales, aun cuando contra tales actos puedan ser interpuestos recursos ordinarios.

III. CLASIFICACIÓN DE LOS INSTRUMENTOS PROCESALES

165. Casi todas las comunicaciones nacionales coinciden en la afirmación de que la simple consagración de los derechos fundamentales en la Carta Constitucional no constituye un medio suficiente para lograr su realización efectiva, distinguiéndose entre estos derechos y sus garantías, y aun cuando ese último vocablo es equívoco, como lo afirma Almagro Nosete (España), ya que se aplica a ciertas condiciones sociales y políticas, además de los medios procesales en sentido estricto, pudiendo hablarse en esta dirección de garantías sociológicas, políticas y de las verdaderas garantías jurisdiccionales, el mismo autor concluye en el sentido de que sólo se puede considerar a la protección procesal en sentido estricto con referencia a órganos jurisdiccionales idóneos; o bien es posible sostener con Gómez Lara (México), que existe protección por vías no

procesales o a través de instrumentos procesales en sentido estricto.

166. *a*) Los instrumentos tutelares de la última categoría pueden clasificarse desde muchos puntos de vista como lo hace Arlas (Uruguay), quien los refiere particularmente al órgano al cual se imputa la violación —agresión proveniente de particulares o de los poderes legislativo, judicial o ejecutivo—; pero también es posible intentar una división en cuanto a los efectos preventivos, reparadores o represivos de los propios instrumentos, como también lo hace el tratadista uruguayo antes mencionado, siguiendo en esto a Duguit²⁴ y Rodolfo Reyes.²⁵ También puede adoptarse el criterio de tomar en cuenta la categoría del organismo judicial que imparte la protección, de acuerdo con Almagro Nosete (España), quien distingue entre justicia constitucional, justicia administrativa y justicia común, siendo varios los autores —además del tratadista español— que reconocen, en la materia de tutela de los derechos humanos, la existencia de una verdadera y propia justicia constitucional, como Aguirre Godoy (Guatemala) y Manrique Soto y Cabrera Anaya (Venezuela).

167 *b*) Pero tenemos la convicción de que la clasificación que puede ser más útil para sistematizar esta materia, que es sumamente compleja y, en ocasiones, dispersa por todo el ordenamiento jurídico, es la que hemos adoptado en otra oportunidad, o sea la que se apoya en la distinción entre *medios indirectos e instrumentos específicos*,²⁶ pues además de que varias comunicaciones nacionales siguen implícitamente este criterio al estudiar en forma separada los diversos sectores procesales, dedicando atención especial a los instrumentos específicos —inclusive Aguirre Godoy (Guatemala) sólo analiza estos últimos—, algunos tratadistas aceptan expresamente esta clasificación, como Almagro Nosete (España), Gómez Lara (México) y Manrique Soto y Cabrera Anaya (Venezuela).

²⁴ *Soberanía y libertad*, trad. de José G. Acuña, Buenos Aires, 1941, pp. 122-123, quien distinguía entre garantías constitucionales preventivas y represivas.

²⁵ *La defensa constitucional*, Madrid, 1934, pp. 125-133, quien dividió los medios de defensa de la Constitución en preventivos, represivos y reparadores.

²⁶ Cfr. Fix-Zamudio, Héctor, "La protección procesal de las garantías individuales en América Latina", *Revista de la Comisión Internacional de Juristas*, Ginebra, diciembre de 1968, pp. 74-77.

IV. MEDIOS INDIRECTOS

A) *Garantías constitucionales del proceso*

168. a) Advertimos que varios de los estudios presentados coinciden en considerar que uno de los aspectos esenciales de la tutela procesal de los derechos humanos descansa en las llamadas *garantías judiciales* —que se consignan generalmente en normas de carácter constitucional— las que se deben considerar medios indirectos, pero no por ello menos importantes, y estas garantías tienen por objeto lograr la existencia de un departamento judicial independiente y respetado, que implica la posibilidad de imponer sus resoluciones y que éstas sean acatadas por todas las autoridades, como lo afirma Gómez Lara (México); o bien como lo sostiene Georgopoulos (Grecia), en el sentido de que, en su país y desde hace un siglo, los jueces se han considerado como los guardianes naturales de los derechos del hombre.

169. Moraes e Barros describe algunos de los aspectos más importantes de las garantías judiciales en el Brasil, entre las cuales destacan las relativas a la designación de los juzgadores, que en las entidades federativas están sometidos a un régimen de selección a través de la carrera judicial disfrutando todos los miembros del Poder Judicial de permanencia, inamovilidad y de ingresos que no pueden disminuirse durante el ejercicio del cargo, pero al mismo tiempo están sujetos a un severo régimen de responsabilidad, y a este respecto Arlas sostiene que el proceso de responsabilidad es el que protege a los justiciables contra las agresiones del Poder Judicial en el Uruguay, o sea el que se sigue para imponer al juzgador las sanciones de orden penal, administrativo o civil que haya merecido por su actitud antijurídica.²⁷

170 b) Pero también asumen trascendencia en la protección de los derechos de los justiciables, los instrumentos que se han calificado genéricamente como “*garantías constitucionales del proceso*”, de acuerdo con la terminología del clásico estudio del procesalista uruguayo Eduardo J. Couture,²⁸ tema que ha alcanzado en los últimos años un florecimiento

²⁷ Sobre el concepto de “*garantías judiciales*”, véase el clásico estudio de Couture, Eduardo J., “*Las garantías constitucionales del proceso civil*”, en el volumen *Estudios de derecho procesal en honor de Hugo Alsina*, Buenos Aires, 1946, pp. 204-210.

doctrinal considerable.²⁹

171. La importancia de estos instrumentos podemos apreciarla en cuanto que se han consignado en numerosos textos constitucionales, y según lo informa Jauernig, en la República Federal de Alemania se les considera como “equiparados” a los derechos de carácter fundamental, para los efectos de su tutela a través del recurso constitucional (*Verfassungsbeschwerde*).³⁰

172. Los autores de las ponencias nacionales enumeran algunas de las garantías procesales que han sido objeto de atención especial por la doctrina y la jurisprudencia, y en esta dirección Gómez Lara menciona los principios de legalidad, de igualdad de las partes, de la defensa adecuada, y Jauernig, el derecho a un tribunal imparcial y la publicidad de los debates.

173. Por otra parte, resulta conveniente mencionar el que se ha calificado como “derecho a la jurisdicción”, que examina Almagro Nosete de acuerdo con el artículo 30 de la Ley Orgánica del Estado español, del 10 de enero de 1967;³¹ la garantía jurisdiccional analizada por Jauernig en los términos del artículo 19, parágrafo 4, de la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania³² y lo que Moraes e Barros califica como el principio de unidad de jurisdicción, según el artículo 153, parágrafo 4 de la Constitución brasileña, en su texto vigente.³³

174. Morello hace mención del principio del *debido proceso* consagrado por el artículo 18 de la Constitución Nacional argentina, referido en forma particular a la inviolabilidad de la defensa en juicio, y utilizado por la jurisprudencia de la Corte Suprema para elaborar el concepto de “sentencia

²⁸ *Op. ult. cit.*, pp. 158-191.

²⁹ Además de una serie de estudios que sería muy largo consignar nos limitamos a mencionar el más reciente, redactado por Cappelletti, Mauro y Vigoriti, Vincenzo, “I diritti costituzionali delle parti nel processo civile italiano”, *Rivista di Diritto Processuale*, Padua, 1971, pp. 604-650.

³⁰ Estos derechos equiparados de carácter procesal figuran en los artículos 101 (prohibición de los tribunales de excepción y derecho al juez natural); 103 (derecho de audiencia ante los tribunales), y 104 (formalidades para la restricción de la libertad personal), de la Ley Fundamental de 1949.

³¹ Dicho artículo dispone: “Todos los españoles tendrán libre acceso a los tribunales. La justicia será gratuita para quienes carezcan de medios económicos”.

³² El citado precepto constitucional dispone en su parte conducente: “Un recurso jurisdiccional queda abierto a cualquiera que *se considere lesionado en sus derechos por el poder público*”.

arbitraria”, lo que ha permitido dejar sin efecto sentencias carentes de fundamento, con fundamento aparente, o con un remedo del tal.³⁴

B) *Proceso ordinario*

175. La mayor parte de los ponentes nacionales hacen referencia a la jurisdicción ordinaria como un medio indirecto para la tutela de los derechos humanos, y de manera particular, la de carácter civil, que se considera como accesorio en la República Federal de Alemania en relación con los tribunales administrativos, respecto a la impugnación de los actos provenientes del poder público, de acuerdo con el estudio de Jauernig.

176. a) Por su parte, Almagro Nosete expresa que la jurisdicción civil española debe estimarse anticuada no sólo en su aspecto procesal, según la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, sino también debido a que los códigos de derecho privado, o sean el de Comercio de 1885 y el Civil de 1889, no obstante las modificaciones introducidas posteriormente, se inspiran en el liberalismo del siglo XIX.

177. b) Mayor atención conceden varios de los informes nacionales al enjuiciamiento penal, ya que sus bases esenciales se consignan generalmente en los textos de las Cartas Constitucionales, en virtud de la importancia que asume la protección de la libertad individual, y desde este ángulo, el mismo Almagro Nosete nos indica que la Ley de Enjuiciamiento Criminal española, de 14 de septiembre de 1882, no obstante la época en que fue expedida, cumple en su mayor parte con los lineamientos que para los derechos del acusado han establecido las convenciones internacionales.

178. Una parte importante del informe de Conso está dirigida a la comparación de la legislación procesal italiana con las convenciones internacionales, señalando las deficiencias de que todavía adolece, no obstante las reformas más recientes y la labor depuradora de la Corte Constitucional.

³³ De acuerdo con esta disposición: “La ley no podrá excluir de la apreciación del poder judicial ninguna lesión de derecho individual”.

³⁴ Cfr. Carrió, Genaro R., *Recurso extraordinario por sentencia arbitraria*, Buenos Aires, 1967, pp. 39-40.

179. *c)* Varios de los informantes examinan el proceso laboral como un instrumento para la tutela de los derechos de los trabajadores, derechos que con frecuencia son incorporados a los textos constitucionales; y determinando la creación de una magistratura especializada, en ocasiones separada de la ordinaria, como ocurre en España, según lo expresa Almagro Nosete, o bien, de acuerdo con el estudio de Moraes e Barros, como parte del organismo judicial-federal, de acuerdo con el ordenamiento brasileño, en el cual, los tribunales de primera instancia (Juntas de Conciliación y Juzgamiento) se integran con representantes de los trabajadores y de los patrones.

180. *d)* La jurisdicción ordinaria, en su conjunto, asume en Inglaterra un papel esencial en la tutela de los derechos humanos, ya que de acuerdo con Jolowicz, desde 1947 se suprimió la inmunidad de la Corona —continúa subsistiendo la del monarca— para ser demandada judicialmente por daños y perjuicios, y en 1954, se derogaron ciertos privilegios procesales de los funcionarios, de manera que, en la actualidad, las autoridades están sujetas al derecho y al proceso ordinarios.

C) *Justicia administrativa*

181. Son varios los ponentes nacionales que estudian con detenimiento el proceso administrativo, tomando en cuenta que en ausencia —o como complemento— de instrumentos específicos de protección de los derechos humanos, debe considerarse como el instrumento que con mayor eficacia puede proteger a los particulares frente a una administración cada vez más poderosa y absorbente,³⁵ y de la cual proviene, de manera indudable, la mayor parte de las agresiones contra los derechos humanos, según lo sostiene acertadamente el profesor Arlas.

182 *a)* En España, de acuerdo con Almagro Nosete, la justicia administrativa, como rama especializada de la de carácter ordinario, ha funcionado satisfactoriamente respecto a la tutela de los derechos de los administrados, tomando en consideración que la Ley de 1956 debe considerarse como eficaz, y si existen algunos inconvenientes, los mismos provienen de la vía previa administrativa.

³⁵ Cfr. González Pérez, Jesús, *Administración pública y libertad*, México, 1971, especialmente pp. 21-66.

183. *b*) Jauernig sostiene que la mayor parte de los actos provenientes del poder público debe impugnarse ante los tribunales administrativos —pues ya se expresó que los ordinarios sólo tienen competencia residual en esta materia— los cuales se dividen en ordinarios y especializados, correspondiendo a los primeros el conocimiento de todos los litigios de derecho expresamente por la Ley Federal a los “Tribunales Financieros” y a los de carácter social.

184. *c*) De acuerdo con las certeras observaciones de Jolowicz, en Inglaterra ha aumentado considerablemente el número de tribunales administrativos, así como las facultades discrecionales de las autoridades y funcionarios de la administración, por lo que el ordenamiento intitulado *Tribunals and Enquiries Act*, de 1971, establece el recurso de apelación ante la Corte Superior (*High Court*) contra la ilegalidad de las resoluciones de ciertos tribunales administrativos.

185. También señala Jolowicz, que no obstante que tienen el carácter de medios procesales ordinarios, las llamadas *prerogative orders*, es decir, *certiorari*, *prohibition* y *mandamus*, que son como las sucesoras de los *writs* del mismo nombre, así como los llamados *declaration* e *injunction*, se han venido empleando cada vez con mayor frecuencia, los tres primeros para impugnar resoluciones de los tribunales administrativos, y los últimos como medios de defensa respecto de la administración.

186. *d*) Por lo que se refiere a México, Cipriano Gómez Lara analiza en forma detallada las funciones del Tribunal Fiscal de la Federación, establecido en 1936, y el recientemente creado Tribunal de lo Contencioso-Administrativo del Distrito Federal, que inició su funcionamiento en 1971, ambos de carácter autónomo; pero inspirados en el modelo del Consejo de Estado francés,³⁶ y, por lo tanto, pertenecientes formalmente al campo de la administración.

187. El Tribunal Fiscal de la Federación ha realizado una encomiable labor de tutela de los derechos de los gobernados no sólo en materia tributaria, sino en un campo cada vez más amplio.³⁷ El segundo merece especial atención en la materia que nos ocupa, en cuanto tiene por objeto la protección de los derechos de los habitantes del Distrito Federal contra los actos de las autoridades administrativas, con exclusión de las de ca-

³⁶ Lamentamos no contar con una comunicación sobre el derecho francés, por la importancia que asume la admirable jurisprudencia del Consejo de Estado en la defensa jurídica de los particulares frente a la administración, y la influencia que este organismo ha tenido y

rácter fiscal, a través de un procedimiento sumamente flexible, en el cual destaca, como lo hace notar el propio Gómez Lara, la corrección oficiosa, por parte del juzgador, de los errores y deficiencias en que hubiese incurrido el particular demandante, que se considera la parte más débil. En todo caso las resoluciones de estos tribunales pueden impugnarse por los particulares ante los tribunales federales, a través del juicio de amparo.

V. INSTRUMENTOS ESPECÍFICOS

A) *Hábeas corpus*

188. Se ha sostenido, a nuestro modo de ver, con acierto, que la violación de los derechos humanos, aun cuando tengan carácter individual, y con mayor razón si asumen naturaleza social, trasciende la esfera de los afectados y lesiona a toda la colectividad, por lo que en esta materia se requieren instrumentos tutelares más enérgicos, rápidos y eficaces, que aquellos que protegen los derechos ordinarios de los gobernados.³⁸

189. Este criterio parece confirmarse del examen de las comunicaciones nacionales, ya que sus autores dedican parte importante de sus trabajos a estos instrumentos específicos —inclusive el informe de Aguirre Godoy sobre Guatemala está dedicado integralmente a ellos—; y en aquellos países en los cuales no existen o no son suficientes, se propone su introducción o perfeccionamiento, como lo sostiene Arlas en relación con el juicio de amparo en el Uruguay; el amparo y el hábeas corpus en

tiene en otros países de Europa y América Latina, por lo que nos limitaremos a citar, entre las innumerables obras que se han escrito sobre esta institución, tres de carácter reciente, Batailler, Francine, *Le Conseil d'État juge constitutionnel*, París, 1966, especialmente pp. 223 y ss.; Dran, Michel, *Le contrôle juridictionnel et la garantie des libertés publiques*, París, 1968, especialmente pp. 295 y ss.; Auby, Jean-Marie y Fromont, Michel, *Les recours contre les actes administratifs dans le pays de la Communauté Européenne*, París, 1971, pp. 187-279.

³⁷ Sobre la naturaleza, funciones y competencia del Tribunal Fiscal de la Federación, cfr. entre otros, Fix-Zamudio, Héctor, "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*, Madrid, 1969, tomo III, pp. 1055-1110.

³⁸ Cfr. Cappelletti, Mauro, *La jurisdicción constitucional de la libertad*, cit., pp. 1-14.

España, de acuerdo con Almagro Nosete, y el amparo en Venezuela contra resoluciones de carácter judicial, según la opinión de Sarmiento Núñez.

190. a) Como resulta comprensible, el hábeas corpus es examinado con todo detenimiento por Jolowicz, tomando en cuenta que este instrumento libertario tuvo su origen en Inglaterra, en formas variadas desde tiempos remotos, pero de manera precisa como medio específico para la tutela de la libertad individual, con motivo de las luchas del Parlamento contra la Corona en el siglo XVII, habiéndose consagrado esencialmente en la Ley de Hábeas Corpus de 1679, que ha tenido trascendencia en otras legislaciones.³⁹

191. Aun cuando el hábeas corpus ha evolucionado en la misma Inglaterra, conserva su finalidad tradicional de proteger a las personas contra detenciones indebidas, especialmente fuera de procedimiento judicial, por lo que no puede servir de base a una impugnación dentro del proceso penal o contra las sentencias condenatorias.⁴⁰

192. Con menor frecuencia también puede utilizarse este instrumento para discutir la custodia de menores o el internamiento de personas en instituciones de salud, ya que normalmente se emplea o por los detenidos o por cualquier persona en su nombre, para combatir ante la autoridad judicial la ilegalidad de la detención y se dirige contra el custodio del propio detenido, y en principio el procedimiento es contradictorio, correspondiendo la carga de la prueba a la autoridad, aun cuando también puede decretarse la libertad con la simple presentación de la solicitud, si de ella aparece que es ostensible la ilegalidad de la privación de la libertad, debiendo destacarse que cuando no se encuentra sesionando el tribunal, la propia solicitud puede presentarse en el domicilio privado del Juez.

³⁹ Cfr. Fix-Zamudio, Héctor, "Influencia del derecho angloamericano en la protección procesal de los Derechos Humanos en América Latina", en la obra *Festschrift für Karl Loewenstein*, Tübingen, 1971, pp. 485-497.

⁴⁰ Por el contrario, en los Estados Unidos el *hábeas corpus en materia federal* se ha transformado en un medio de impugnación contra las sentencias dictadas por los tribunales locales en materia penal, cfr., entre muchos otros, Cole, Michael y Small, Jeffrey, "State Post-Convict Remedies and Federal Habeas Corpus", *New York University Law Review*, Nueva York, enero de 1965, pp. 154-196.

193. *b)* En términos generales, el hábeas corpus presenta la misma estructura en los ordenamientos respecto de los cuales se han presentado informes, con excepción de España, Italia y Alemania Federal, en cuyas legislaciones no se regula este instrumento, aun cuando su introducción se ha propuesto por la doctrina española según se ha visto, y en cuanto a México, si bien no se consagra expresamente con esa denominación, se encuentra incorporado en el juicio de amparo, con características similares.⁴¹

194. *c)* Como aspectos especiales podemos señalar que en Guatemala y Venezuela, de acuerdo con lo expresado por Aguirre Godoy y los dos informes venezolanos, el hábeas corpus también procede respecto de restricciones, maltratos o vejámenes que puede sufrir el detenido. Moraes e Barros manifiesta que, en la legislación brasileña, el juez que conoce del hábeas corpus puede extender los beneficios de la resolución a otros coacusados, cuando la misma decisión sea incompatible con la continuación del proceso penal respectivo y, además, puede determinar de oficio la libertad o la comparecencia de un detenido, si en el curso de un proceso penal comprueba que alguien sufre o está en inminencia de sufrir coacción en su libertad personal.⁴²

195. Georgopoulos informa que, de acuerdo con la legislación griega, el juez debe decidir en un plazo de tres días si se mantiene o no la detención, pero si transcurre dicho lapso sin resolución judicial, el custodio debe poner en libertad al detenido; en tanto que Arlas explica que en el Uruguay la resolución dictada en el llamado recurso de hábeas corpus —que considera como un verdadero proceso— puede consistir no sólo en la libertad o exhibición del detenido, sino también, si procede, en su consignación ante el tribunal competente para juzgarlo.

⁴¹ Cfr. Fix-Zamudio, Héctor, "La protección procesal de las garantías individuales en América Latina", cit., p. 78.

⁴² De acuerdo con el artículo 153, parágrafo 20, y el párrafo final del parágrafo 12, de la Constitución brasileña, en su texto vigente: "Se concede el hábeas corpus siempre que alguien sufra o se encuentra amenazado de sufrir violencia o coacción en su libertad de movimiento, por ilegalidad o abuso de poder. No procede el hábeas corpus respecto de las faltas disciplinarias", y "la prisión o detención de cualquier persona será comunicada inmediatamente al juez competente, el cual la revocará si no fuese legal".

196. Sarmiento Núñez, si bien nos habla del amparo, en realidad se refiere a la procedencia del hábeas corpus⁴³ contra resoluciones judiciales, pero en casos excepcionales, es decir, cuando sea evidente la inconstitucionalidad de la privación de la libertad personal, sin que se pretenda sustituir a los medios de impugnación ordinarios.

B) Juicio de amparo y mandamiento de seguridad

197. a) Resulta indudable que si Inglaterra fue la cuna del hábeas corpus, México lo ha sido del juicio, acción o recurso de amparo,⁴⁴ ya que en nuestro país fue introducido en el ámbito local en la Constitución yucateca de 1841, y en la esfera nacional en el documento llamado "Acta de Reformas", promulgado en 1847, por lo que este instrumento posee una experiencia centenaria y ha sido el inspirador de las instituciones similares del mismo nombre en los ordenamientos latinoamericanos e, inclusive, en el recurso de amparo introducido en la Constitución republicana española de 1931.⁴⁵

198. Como es lógico, el informe más extenso en esta materia es el de Gómez Lara, quien señala la extraordinaria complejidad del amparo mexicano que prácticamente tutela no sólo los derechos de la persona humana consagrados constitucionalmente, sino también a través del llamado "control de legalidad",⁴⁶ prácticamente todo el ordenamiento jurídico mexicano, y al respecto distingue tres sectores: el amparo de una sola instancia⁴⁷ contra sentencias definitivas de los tribunales judiciales

⁴³ Existe confusión en Venezuela entre el amparo propiamente dicho y el hábeas corpus o "amparo de la libertad personal", aun cuando la doctrina, y recientemente la jurisprudencia, pretenden delimitar estas instituciones, cfr., entre muchos otros, Miguel, José A. de, "Amparo y hábeas corpus en la Constitución de 1961", *Revista del Colegio de Abogados del Distrito Federal*, Caracas, julio-diciembre de 1961, pp. 41-47.

⁴⁴ Aun cuando históricamente el amparo como institución protectora de los derechos humanos tuvo su origen remoto en los procesos forales aragoneses, cfr. la obra de Fairén Guillén citada en la nota 3.

⁴⁵ En efecto, el recurso, acción o juicio de amparo ha sido consagrado en los siguientes países latinoamericanos: Argentina, Bolivia, Chile, Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay y Venezuela, y en el Ecuador, mientras estuvo vigente su Constitución de 1967.

y administrativos, el cual tiene grandes semejanzas con el recurso de casación; el de doble instancia contra actos de cualquier autoridad, especialmente administrativa; y, finalmente, el amparo de doble instancia contra disposiciones legislativas, o amparo contra leyes.⁴⁸

199. El mismo Gómez Lara señala la eficacia del juicio de amparo mexicano respecto de la tutela de los derechos humanos, aun cuando todavía deben superarse varios aspectos, y para ello se remite a las agudas observaciones de Niceto Alcalá-Zamora y Castillo.⁴⁹

200. b) Aguirre Godoy indica que el amparo en Guatemala tiene por objeto dar protección a los afectados respecto de la violación de sus derechos consagrados por la Constitución, tanto por los poderes públicos como por los particulares; pero también en cuanto disposiciones legislativas, siempre en casos concretos.

201. No procede sino en forma excepcional respecto de resoluciones judiciales,⁵⁰ que es un principio que se sigue por los ordenamientos

⁴⁶ Sobre las diferencias entre el "control de la constitucionalidad" y "control de legalidad" en el amparo mexicano, cfr., entre otros, Burgoa, Ignacio, *El juicio de amparo*, 8a. ed., México, 1971, pp. 168-181.

⁴⁷ En relación con el doble procedimiento del juicio de amparo mexicano, que se distingue entre amparo de una sola instancia o "directo", porque se hace valer ante la Suprema Corte de Justicia o los Tribunales Colegiados de Circuito, y el amparo de doble instancia o "indirecto", que se interpone en primera instancia ante los jueces federales de Distrito y en segundo grado ante la propia Corte o los citados Tribunales Colegiados, cfr. Burgoa, Ignacio, *op. ult. cit.*, pp. 607-676.

⁴⁸ Por nuestra parte, de acuerdo con un criterio funcional, hemos distinguido cinco sectores en la compleja estructura procesal del juicio mexicano: *amparo de la libertad* (similar al hábeas corpus); *amparo judicial o casación* (con semejanza con el recurso de casación); *amparo contra leyes* (control de la constitucionalidad de las leyes); *amparo administrativo* (con funciones de contencioso-administrativo); y *amparo en materia agraria ejidal o comunal* (con aspectos peculiares para la tutela de los derechos de los campesinos sujetos al régimen de la reforma agraria), en varios trabajos, pero recientemente en "El juicio de amparo mexicano y la enseñanza del derecho procesal", *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, Madrid, 1971, pp. 376-380.

⁴⁹ Consignadas en su estudio, "Protección jurisdiccional del particular frente al Ejecutivo en México", *cit.*, p. 306.

⁵⁰ En principio, el amparo sólo procede contra las infracciones al procedimiento en que incurra la Corte Suprema de Justicia en asuntos sometidos a su conocimiento, siempre que no se hubiere dictado sentencia definitiva y no proceda otro recurso, o si agotado éste, subsistiere la transgresión, de acuerdo con los artículos 81, fracción I, de la Constitución y 1o., fracción VIII de la Ley Reglamentaria; y el artículo 61 de este último ordenamiento dispone que podrá

latinoamericanos y en lo que se apartan ostensiblemente del modelo mexicano.⁵¹

202. Resulta importante destacar varias disposiciones tanto de la Carta Fundamental como de la Ley Reglamentaria del Amparo, hábeas corpus y de constitucionalidad, que otorgan amplias facultades a la Corte Suprema de Justicia para ampliar el ámbito protector del amparo, ya sea a través de disposiciones generales, como en la interpretación extensiva de los preceptos respectivos.⁵²

203. c) Almagro Nosete propone la creación en España de un Tribunal de Amparo de los Derechos Fundamentales, y recuerda el antecedente del Tribunal de Garantías Constitucionales de la Constitución republicana de 1931, que también conocía del recurso de amparo de garantías constitucionales.⁵³

204. d) Por su parte, también Arlas considera conveniente la implantación del juicio de amparo en el Uruguay, pues si bien la jurisprudencia no lo ha aceptado hasta la fecha, un sector importante de la doctrina considera que la falta de reglamentación no es obstáculo para que se hagan efectivos los derechos fundamentales a través de este instrumento específico.

recurrirse en amparo en asuntos judiciales cuando se procediere con notoria ilegalidad o abuso de poder, o se afectaren los derechos de quien no fuere parte en el mismo asunto.

⁵¹ Cfr. Fix-Zamudio, Héctor, "La protección procesal de las garantías individuales en América Latina", cit., pp. 98-99.

⁵² En el artículo 83 constitucional se dispone que la interpretación judicial en materia de amparo será siempre extensiva, y en los artículos 71 y 72 de la ley se otorgan facultades a la Corte Suprema para ampliar la procedencia del amparo en situaciones análogas a las reguladas expresamente, las que debe ejercer prudentemente "para mantener y perfeccionar en Guatemala, el régimen de derecho".

⁵³ Este recurso de amparo se inspiró hasta cierto punto en el modelo mexicano, cfr. Alcalá-Zamora y Castillo, Niceto, "Significado y funciones del Tribunal de Garantías Constitucionales", en su libro *Ensayos de derecho procesal civil, penal y constitucional*, Buenos Aires, 1944, pp. 524-526; Reyes, Rodolfo, *La defensa constitucional*, Madrid, 1934, pp. 226-298.

⁵⁴ La corriente doctrinal argentina sobre el amparo es muy amplia, por lo que nos limitaremos a señalar los libros más recientes de Morello, Augusto Mario, *Régimen procesal del amparo en la Provincia de Buenos Aires*, La Plata, 1966; Lazzarini, José Luis, *El juicio de amparo*, Buenos Aires, 1967; Bidart Campos, Germán J., *Régimen legal y jurisprudencial del amparo*, Buenos Aires, 1968.

205. e) La acción o recurso de amparo ha recibido en Argentina una aportación verdaderamente impresionante, tanto en el orden doctrinal⁵⁴ como jurisprudencial⁵⁵ y legislativo, este último sector, especialmente en el ámbito provincial,⁵⁶ aun cuando también se expidió una ley de amparo nacional, la número 16,986, del 18 de octubre de 1966.⁵⁷

206. Morello señala que en el propio ámbito nacional la Corte Suprema había establecido, a partir de los casos "Siri" (1957) y "Kot" (1958), una jurisprudencia sumamente flexible y liberal, que se ha restringido en forma inconveniente por la citada Ley 16,986, hasta convertir a la acción de amparo en un instrumento de carácter excepcional, que sólo puede utilizarse en ausencia de recursos o remedios judiciales o administrativos, y siempre que no se afecten la regularidad o eficacia de un servicio público o las actividades esenciales del Estado⁵⁸ y, además, tampoco resulta procedente respecto de actos de particulares, como anteriormente lo había admitido la jurisprudencia,⁵⁹ pues para este sector se ha creado recientemente el *proceso sumarísimo* en los artículos 321 y 428 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, del 20 de septiembre de 1967.⁶⁰

207. El propio Morello considera que en los últimos años el amparo e, inclusive, el proceso sumarísimo se han limitado de tal manera que su acogimiento resulta excepcional, por lo que su eficacia ha disminuido en forma ostensible.

⁵⁵ Cfr. Vocos Conesa, Eduardo, "La demanda de amparo en la jurisprudencia de la Corte Suprema Nacional. Desde Siri y Kot hasta el 25 de octubre de 1969", *Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, 12 y 15 de diciembre de 1969, pp. 1-3, 19-29, respectivamente.

⁵⁶ A los textos constitucionales y leyes reglamentarias de la acción de amparo en el ámbito provincial que señalamos en nuestro trabajo, "La protección procesal de las garantías individuales...", cit., pp. 91-93, debe agregarse la Ley número 4,915 de la Provincia de Córdoba, del 9 de enero de 1967.

⁵⁷ El comentario pormenorizado de esta Ley nacional de amparo, puede consultarse en el libro ya citado de Lazzarini, José Luis, *El juicio de amparo*, cit., pp. 371-404.

⁵⁸ Sobre las graves restricciones a la procedencia del amparo que establece la citada Ley 16,986, cfr. entre otros muchos, Fiorini, Bartolomé A., "Acción de amparo. Graves limitaciones e inconsecuencias que la desnaturalizan", *La Ley*, Buenos Aires, 24 de noviembre de 1966, pp. 1-3.

⁵⁹ Cfr. entre otros varios, Lazzarini, José Luis, "Acción de Amparo contra actos de particulares", *Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, 26 de abril de 1967, pp. 1-3.

⁶⁰ Cfr. Bidart Campos, Germán J., *Régimen legal y jurisprudencial del amparo*, cit., pp. 35-42 y 113-118.

208. f) En los dos informes venezolanos se hace referencia breve del amparo establecido por el artículo 49 de la Constitución vigente de 1961, cuya procedencia se discute tanto en la doctrina como por la jurisprudencia, ya que por una parte no ha quedado claramente delimitado respecto del hábeas corpus o amparo de la libertad, cuyas bases se establecen en la disposición transitoria quinta de la misma Ley Fundamental, ya que no existen disposiciones sobre la tutela de los derechos fundamentales diversos de la libertad personal.⁶¹

209. g) Moraes e Barros realiza un análisis minucioso del *mandado de segurança* que con toda justificación considera como una aportación del derecho brasileño a la ciencia del proceso, pero discrepamos de este autor en su aseveración de que no se le pueda comparar con otras instituciones protectoras, especialmente en el ámbito latinoamericano, pues considera inútil la búsqueda de una institución similar en otros países.

210. Por una parte, existen tratadistas que han traducido *mandado de segurança* como "mandamiento de amparo";⁶² y, por otra, la misma doctrina brasileña ha señalado sus semejanzas con el amparo mexicano.⁶³ y con otras instituciones tutelares latinoamericanas del mismo nombre.

211. Este instrumento tutelar se introdujo en la Constitución de 1934 y ha tenido un desarrollo impresionante, tanto doctrinal como legal y jurisprudencial, y actualmente se consigna en el artículo 153, parágrafo 21, del texto vigente de la Constitución Federal,⁶⁴ y se reglamenta por la Ley 1,533, de 1951.

⁶¹ Cfr. Fix-Zamudio, Héctor, "Algunos aspectos comparativos del derecho de amparo en México y Venezuela", en la obra *Libro-Homenaje a la memoria de Lorenzo Herrera Mendoza*, Caracas, 1970, tomo II, pp. 363-390; Escobar Salom, Ramón, *El amparo en Venezuela*, Caracas, 1971, pp. 45-65.

⁶² Cfr., entre otros, Sánchez Viamonte, Carlos, *Juicio de amparo*, Buenos Aires, 1963, pp. 43-47; Lazzarini, José Luis, *El juicio de amparo*, cit., pp. 53-64.

⁶³ Especialmente el magnífico estudio comparativo de Buzaid, Alfredo, "Juicio de amparo e mandado de segurança (contraste e confrontos)", *Revista de la Facultad de Derecho de México*, enero-diciembre de 1960, pp. 107-150, reproducido en la *Revista de Direito Processual Civil*, São Paulo, 1966, pp. 30-70.

⁶⁴ El citado precepto dispone: "Se otorgará *mandado de segurança* para proteger derecho individual líquido y cierto no protegido por hábeas corpus sea cual fuere la autoridad responsable por ilegalidad o abuso de poder".

212. Procede, especialmente, contra actos de las autoridades administrativas violatorias de los derechos de los gobernados; pero después de bastantes discusiones se ha aceptado que también pueden intentarse contra resoluciones judiciales, en ausencia de un medio de defensa o recurso ordinario que pueda proteger adecuadamente los derechos de los justiciables.⁶⁵

213. El mismo informe de Moraes e Barros hace hincapié en las providencias precautorias que pueden tomarse por el juez para evadir perjuicios graves e irreparables al solicitante (*mandado liminar*), el cual puede otorgarse de *oficio* por el juzgador, de acuerdo con la opinión mayoritaria de la doctrina y la jurisprudencia, aun cuando el ponente sostiene que este criterio es equivocado, ya que no se puede resolver *ultra petita*.⁶⁶

C) *Recurso constitucional*

214. Constituye la traducción aproximada del vocablo *Verfassungsschwerde* (literalmente, queja constitucional), el cual se ha implantado también con algunas variantes, en los ordenamientos de Suiza y de Austria.⁶⁷

215. De acuerdo con el agudo análisis de Jauernig, este instrumento específico de tutela de los derechos fundamentales en la República Federal de Alemania, ha logrado un desarrollo muy apreciable, si tomamos en cuenta que se introdujo en la Ley Orgánica del Tribunal Federal Constitucional, de 12 de marzo de 1951, su importancia condujo a su incorporación

⁶⁵ Cfr. Calmon de Passos, J. J., "Do mandado de segurança contratos judiciais", en el volumen *Estudos sobre o mandado de segurança*, Rio de Janeiro, 1963, pp. 51-108.

⁶⁶ Cfr., entre otros, Sidou, J. M. Othon, *O mandado de segurança liminar*, Belém do Pará, 1956, pp. 19-32.

⁶⁷ Cfr. Cappelletti, Mauro, *La jurisdicción constitucional de la libertad*, cit., pp. 17-37.

⁶⁸ En el artículo 93, parágrafo 4, a) de la Ley Fundamental, se dispone: "El Tribunal Federal Constitucional decide... Sobre los recursos constitucionales que pueden ser interpuestos por toda persona que pretenda haber sido lesionada por la autoridad pública en uno de sus derechos fundamentales o en alguno de los derechos establecidos por los artículos 20, parágrafo 4o. (derecho de resistencia); 33 (igualdad de derechos y obligaciones civiles); 38 (derechos electorales); 101 (prohibición de los tribunales de excepción y derecho al juez natural); 103 (derecho de audiencia), y 104 (formalidad para la restricción de la libertad personal)".

al texto constitucional, de acuerdo con la reforma de 29 de enero de 1969.⁶⁸

216. Aun cuando en principio la tutela del recurso constitucional sólo abarca los derechos fundamentales consagrados expresamente por el capítulo primero de la Ley Suprema y aquellos que el mismo ordenamiento constitucional considera como “equiparados” a los primeros, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal ha ampliado considerablemente esa protección a través de una interpretación extensiva de los preceptos de la misma Carta Fundamental.

217. De acuerdo con el minucioso informe de Jauernig, el recurso constitucional no se traduce en una acción popular, ya que sólo puede ser interpuesto por el afectado por la violación de alguno o algunos de sus derechos fundamentales, el cual, además, tiene la obligación de agotar previamente todos los medios de defensa y los recursos ordinarios, y sólo en casos de excepción, el mismo Tribunal Federal Constitucional puede admitir directamente la impugnación si considera que existe una jurisprudencia de los tribunales ordinarios contraria a la pretensión del recurrente, lo que haría inútil su instancia ante dichos tribunales, o bien cuando el mismo Tribunal Constitucional considere que el recurso de que se trata plantea una cuestión de trascendencia general, o que de no admitirlo, el promovente sufriría un perjuicio grave e irreparable.

218. Un aspecto de gran importancia es el relativo al procedimiento previo de admisión ante una comisión de tres magistrados, introducido en las reformas de 1956 a la Ley Reglamentaria, debido al gran número de recursos que estaban paralizado la actividad de las dos salas del Tribunal Constitucional Federal. Este procedimiento preliminar tiene por objeto depurar al Tribunal de un gran número de impugnaciones intrascendentes, ostensiblemente infundadas o que no plantean cuestiones de constitucionalidad; pero el mismo procedimiento preliminar ha recibido críticas de la doctrina, lo que ha motivado dos reformas, en 1963 y 1970, y si bien se ha perfeccionado, hubiese sido preferible, como lo sostiene un sector de los tratadistas alemanes, adoptar un sistema de admisión totalmente discrecional, similar al *writ of certiorari* ante la Corte Suprema Federal de los Estados Unidos.⁶⁹

⁶⁹ Sobre la función del *writ of certiorari* ante la Corte Suprema Federal de los Estados Unidos, entre otros, cfr. Warren, Hebert A. y Saady, Samuel L., “The Procedural Aspects of Certiorari”, *Miami Law Quarterly*, abril de 1950, pp. 367-379.

219. Un aspecto importante, que indica la flexibilidad del recurso constitucional, radica en la facultad del Tribunal Federal Constitucional para no limitarse a los argumentos del recurrente, ya que puede invocar los que considere más adecuados para fundamentar su resolución.

220. La sentencia puede anular la resolución judicial impugnada y remitir el expediente al tribunal respectivo para que dicte otra ajustándose a los preceptos constitucionales; pero si el acto o resolución combatidos se apoyan en una ley contraria a la Carta Fundamental, el Tribunal Constitucional puede anular dicha ley, con efectos generales.

221. de acuerdo con la Ley Reglamentaria, el Tribunal Constitucional Federal está facultado para dictar providencias precautorias, con objeto de evitar daños o perjuicios graves e irreparables al recurrente; pero estas medidas cautelares tienen una duración de tres meses, que pueden prorrogarse a través de una nueva resolución.

222. Jauernig advierte que no obstante que han sido muy escasos los recursos que se han declarado fundados, aproximadamente el 1%, éste no es un argumento contrario a la eficacia de este medio de impugnación, ya que ha producido resultados benéficos en cuanto a la interpretación de disposiciones constitucionales que consagran derechos fundamentales, la que ha normado, además, la conducta de las autoridades para evitar violaciones a los mismos derechos.

D) *Control de la constitucionalidad de las leyes*

223. Con excepción de Inglaterra, en la cual todavía está vigente el principio de la supremacía absoluta del Parlamento, y de España, en la cual se ha establecido un control de tipo político, todos los demás países que se comprenden en esta ponencia general han consagrado, aun con diversas modalidades, la revisión judicial de la constitucionalidad de las leyes.

224. a) En España, según se ha dicho, se introdujo en época reciente un sistema peculiar regulado por la Ley Orgánica del Estado, de 10 de ene-

⁷⁰ Respecto al recurso de inconstitucionalidad de las leyes que debía conocer el Tribunal de Garantías Constitucionales, cfr. Alcalá-Zamora y Castillo, Niceto, "Naturaleza y funciones del Tribunal de Garantías Constitucionales", cit., pp. 512-520; Reyes, Rodolfo, *La defensa constitucional*, cit., 156-225.

ro de 1967, y desarrollado por la Ley de 5 de abril de 1968, ya que desde la derogación de la Constitución republicana de 1931, que regulaba el recurso de inconstitucionalidad de las leyes que se interponía ante el Tribunal de Garantías Constitucionales,⁷⁰ los ordenamientos contrarios a las leyes fundamentales no podían ser objeto de impugnación.

225. Se trata, como lo advierte Almagro Nosete, de un control por órgano político, a través del llamado *recurso de contrafuero*, que se interpone por el Consejo Nacional del Movimiento o por la Comisión Permanente de las Cortes, contra cualquier acto legislativo o disposición general de gobierno que vulnere los principios del movimiento nacional o las demás leyes fundamentales, autorizándose a los particulares, por medio del derecho de petición, para que formulen denuncias de contrafuero ante las citadas autoridades.

226. El citado *recurso de contrafuero* se hace valer por los órganos antes mencionados ante el Consejo del Reino, el cual turna el asunto a una comisión asesora integrada por funcionarios administrativos y judiciales, y cuyo dictamen se envía al jefe del Estado para que decida en definitiva.

227. Este sistema ha sido criticado justificadamente por la doctrina, ya que se caracteriza por su carácter político y su dispersión orgánica, lo que ha determinado su poca o nula eficacia práctica.

228. b) Tratándose del control judicial, en los informes nacionales se advierte la existencia de los dos sistemas que han sido destacados por la doctrina, tomando en cuenta su origen, es decir, el llamado "americano" y el que se califica como "austriaco", aun cuando sus características no son estáticas, ya que tienden a influenciarse en forma recíproca.⁷¹

229. El sistema americano, es decir, el que confía a los tribunales judiciales ordinarios el conocimiento y la decisión del control de la constitucionalidad de las leyes, predomina en Guatemala, Uruguay, México, Venezuela; Brasil y Argentina, de acuerdo con las exposiciones de Aguirre

⁷¹ En cuanto a la distinción entre los llamados sistemas "americano" y "austriaco" de la constitucionalidad de las leyes cfr. los fundamentales libros de Cappelletti, Mauro, *El control judicial de la constitucionalidad de las leyes en el derecho comparado*, cit., pp. 34-75; y *Judicial Review in the Contemporary World*, cit., pp. 69-100.

⁷² Un estudio accesible y reciente sobre el sistema establecido por la citada Constitución austriaca, debido a la inspiración del ilustre Hans Kelsen, cfr. Frisch Philip, Walter, "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, *Jurídica*, México, julio de 1970, pp. 129-143.

Godoy, Arlas, Gómez Lara, los dos informes venezolanos, Moraes e Barros y Morello; en tanto que el sistema austriaco, es decir, el que confía, en forma exclusiva, a un tribunal especializado de carácter constitucional, este control de la constitucionalidad de las leyes, de acuerdo con los principios plasmados en la Constitución austriaca de 1920-1929,⁷² impera en Italia, Grecia y la República Federal de Alemania, aun cuando en fecha reciente se ha introducido también en Guatemala al lado del sistema tradicional americano, como se advierte de los informes de Conso, Georgopoulos, Jauernig y el propio Aguirre Godoy.

230. c) En cuanto a la forma de plantear las cuestiones de constitucionalidad de las leyes, en ambos sistemas se descubre un doble aspecto: el que se ha calificado como “vía de acción”, es decir, la interposición directa del problema de inconstitucionalidad ante los órganos judiciales ordinarios o ante el Tribunal o Corte Constitucional, y el que se ha denominado “vía de excepción”—en realidad, incidental— que surge en un proceso concreto, planteado por las partes o de oficio por el juzgador, y que se resuelve por el mismo juzgador —como ocurre en Guatemala, Uruguay, Venezuela y Argentina— o bien se turna al Tribunal o Corte Constitucional para que decida exclusivamente sobre la cuestión de constitucionalidad —Italia, Grecia y la República Federal de Alemania.

231. La situación de México es peculiar —y en parte también la de Guatemala, pero tan sólo en el sector relativo al juicio de amparo—⁷³ si tomamos en consideración que, no obstante lo dispuesto por el artículo 133 constitucional,⁷⁴ la impugnación de la inconstitucionalidad de las

⁷³ En efecto, en Guatemala además de un sistema autónomo de control de constitucionalidad de las leyes, el amparo también puede utilizarse “para que se declare en casos concretos, que una ley, un reglamento o una resolución o acto de autoridad no obliga al recurrente por contravenir o restringir cualesquiera de los derechos garantizados por la Constitución de la República o reconocidos por cualquier otra ley...”, de acuerdo con los artículos 80, inciso 2o., y 1o., inciso 2o., de la Carta Fundamental y de la Ley reglamentaria, respectivamente.

⁷⁴ El citado artículo 133 constitucional, que se inspira casi literalmente en el artículo VI de la Constitución de los Estados Unidos de 1787, establece: “Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión. *Los jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones y leyes de los Estados*”.

leyes se efectúa a través del juicio de amparo (amparo contra leyes), casi siempre por la vía de acción, de acuerdo con el análisis de Gómez Lara, es decir, el particular afectado acude ante los jueces federales de Distrito y, en segunda instancia, ante el Tribunal en Pleno de la Suprema Corte de Justicia, demandando a las autoridades legislativas —y en su caso a las que aplican o pretenden aplicar las disposiciones impugnadas— la inconstitucionalidad de determinados ordenamientos legales, ya sea a través de sus actos de aplicación o bien cuando la ley afecta la esfera jurídica del reclamante con motivo de su entrada en vigor (leyes autoaplicativas);⁷⁵ y esporádicamente la misma Corte ha admitido que por conducto de una resolución judicial se impugne en forma incidental la inconstitucionalidad de la ley aplicable al caso, con apoyo en el citado artículo 133 constitucional, pero siempre por medio del juicio de amparo.⁷⁶

232. *d*) Un aspecto esencial es el relativo a los efectos de la sentencia de inconstitucionalidad, los que, desde un punto de vista abstracto, deberían ser particulares en el sistema “americano” y generales en el “austriaco”; pero en la práctica se han combinado, como se desprende de los trabajos presentados.

233. En efecto, de acuerdo con lo manifestado por Aguirre Godoy, la sentencia de inconstitucionalidad sólo tiene eficacia en el caso concreto, si dicha sentencia es dictada por los tribunales ordinarios; pero la pro-

⁷⁵ Sobre el concepto de leyes autoaplicativas, es decir, aquellas que pueden impugnarse en cuanto entran en vigor, por afectar desde entonces la esfera jurídica de los particulares, cfr. Burgoa, Ignacio, *El juicio de amparo*, cit., pp. 228-260.

⁷⁶ Es lo que nos hemos permitido calificar como “recurso de la inconstitucionalidad de las leyes”, en nuestro trabajo “Algunos problemas que presenta el amparo contra leyes”, en el libro *El juicio de amparo*, México, 1964, pp. 175-180.

⁷⁷ En efecto, además de la inconstitucionalidad en el caso concreto, a través del juicio de amparo y de las impugnaciones por vía incidental y de acción que se pueden plantear ante los tribunales ordinarios, la declaración de inconstitucionalidad pronunciada por la Corte de Constitucionalidad tiene efectos generales, ya que de acuerdo con los artículos 265 constitucional y 108 de la ley reglamentaria: “Cuando la sentencia declare la inconstitucionalidad total de una ley o disposición gubernativa de carácter general, ésta quedará sin vigor; y si la inconstitucionalidad fuere parcial, quedará sin vigor la parte declarada inconstitucional. En ambos casos dejarán de surtir efecto el día siguiente al de la publicación del fallo en el Diario Oficial...”

⁷⁸ Cfr. Vescovi, Enrique, *El proceso de inconstitucionalidad de la ley*, Montevideo, 1967, pp. 62-95.

nunciada por la Corte de Constitucionalidad, que pertenece al sistema austriaco, es siempre de carácter general;⁷⁷ y sólo posee eficacia particular para el caso concreto en Uruguay, según lo expresado por Arlas,⁷⁸ y en México, de acuerdo con la llamada “fórmula de Otero”, que menciona Gómez Lara.⁷⁹

234. La eficacia de la declaración de inconstitucional puede considerarse mixta en Venezuela, ya que al lado del control de la constitucionalidad para el caso concreto,⁸⁰ existe la acción popular de inconstitucionalidad, de acuerdo con la cual, cualquier ciudadano, aun sin ser afectado, puede acudir ante la Corte Suprema para solicitar la declaración de inconstitucionalidad con efectos generales, de las disposiciones legislativas que estimen contrarias a la Constitución.⁸¹

235. Por el contrario, los efectos de la declaración de inconstitucionalidad son siempre generales (*erga omnes*) y se traducen en la derogación del ordenamiento declarado inconstitucional, en Italia, Grecia y la República Federal de Alemania, así como en la Corte de Constitucionali-

⁷⁹ Esta fórmula de Otero, que tuvo su origen en el artículo 25 del documento constitucional intitulado: “Acta de Reformas”, promulgado en 1847, y que en esencia se reproduce en los artículos 107, fracción II, de la Constitución Federal, y 76 de la Ley de Amparo, estableciendo este último precepto: “Las sentencias que se pronuncien en los juicios de amparo sólo se ocuparán de los individuos particulares o de las personas morales, privadas u oficiales que lo hubiesen solicitado, limitándose a ampararlos y protegerlos, si procediere, en el caso especial sobre el que verse la demanda, sin hacer una declaración general respecto de la ley o acto que la motivare...”

⁸⁰ Cfr. Andueza, José Guillermo, *La jurisdicción constitucional en el derecho venezolano*, Caracas, 1955, pp. 35 y ss.

⁸¹ La acción popular de inconstitucionalidad también existe en los ordenamientos de Colombia, Panamá, El Salvador, y se regulaba en el régimen cubano anterior a la revolución de Fidel Castro, cfr. Fix-Zamudio, Héctor, “Valor actual del principio de la división de poderes y su consagración en las Constituciones de 1857 y 1917”, *Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México*, enero-agosto de 1967, pp. 92-98.

⁸² También existen tribunales o cortes constitucionales, cuyas sentencias producen la ineficacia general de la ley declarada inconstitucional, desde luego en Austria, cuya Constitución de 1920 fue restablecida en 1945 y se encuentra en vigor con algunas reformas; Turquía (1961), Yugoslavia (1963) y Checoslovaquia (1968), cfr. Fix-Zamudio, Héctor, *Veinticinco años de evolución de la justicia constitucional*, cit., pp. 65-99.

⁸³ De acuerdo con el artículo 140, parágrafo 3, de la Constitución Federal austriaca, la anulación de la ley declarada inconstitucional por la Corte Constitucional surte efectos el día de la publicación del fallo respectivo, a no ser que la Corte fije un plazo para que surta efectos dicha anulación, siempre que no exceda de un año.

dad de Guatemala,⁸² debiendo señalarse que si bien, de acuerdo con el modelo austriaco, estos efectos sólo pueden producirse para el futuro (*ex nunc*),⁸³ en la República Federal de Alemania, la eficacia de las sentencias del Tribunal Constitucional Federal es de carácter retroactivo (*ex tunc*); pero como lo afirma Jauernig, el mismo Tribunal Constitucional ha encontrado soluciones prácticas para evitar los perjuicios que esos efectos retroactivos pudiesen producir en casos más agudos, especialmente en materia tributaria.⁸⁴

236. Del conjunto de los informes nacionales, especialmente de los latinoamericanos, se desprende la tendencia, señalada por Manrique Soto y Anaya Cabrera, de introducir cada vez con más vigor la declaración general de inconstitucionalidad en aquellos ordenamientos que carecen de ella; pero sin suprimir la eficacia particular para el caso concreto, que es la tradicional en la misma Latinoamérica.⁸⁵

VI. SITUACIONES DE EMERGENCIA

237. La intranquilidad político-social de nuestra época, especialmente en América Latina, ha determinado constantes declaraciones de estados de emergencia o de sitio, que se traducen en el menoscabo ostensible de los derechos humanos, con mucha frecuencia, en forma desorbitada en relación con los trastornos que se pretenden combatir. Esta situación se advierte en los ordenamientos de varios de los países examinados, repercutiendo en los instrumentos procesales, ya que los mismos se suspenden e inclusive se prohíbe a los tribunales conocer de los conflictos planteados.

⁸⁴ Cfr. Pierandrei, Franco "Le decisioni degli organi della giustizia costituzionali", en su obra *Scritti di diritto costituzionali*, Milán, 1964, vol. III, pp. 104-114.

⁸⁵ En efecto, se advierte una tendencia en los países latinoamericanos a adoptar la declaración general de inconstitucionalidad, conservando también el sistema de la desaplicación para el caso concreto, inclusive en México, en el cual se conserva una actitud casi reverencial para la fórmula de Otero consignada *supra* en la nota 79, y entre los que preconizan esta transformación pueden citarse, a Headrick, William Cecil, "El control judicial de sus leyes", *Revista de la Facultad de Derecho de México*, núm. 62, abril-junio de 1966, pp. 463-467; Fix-Zamudio, Héctor, "Valor actual del principio de la división de poderes", cit., pp. 92-98; Castro, Juventino V., *Hacia el amparo evolucionado*, México, 1971, pp. 31-61. Fix-Zamudio, Héctor, "La declaración general de inconstitucionalidad y el juicio de amparo", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núms. 10-11, enero-agosto de 1971, pp. 53-98.

238. a) Aguirre Godoy manifiesta que, de acuerdo con el artículo 151 constitucional, en las situaciones de emergencia se aplica la Ley de Orden Público, la cual determina que el hábeas corpus, respecto de personas detenidas por virtud de dicha Ley, sólo puede practicarse en el lugar de la detención, para evitar maltratos; pero no se puede ordenar la libertad del detenido, aun cuando la privación de la libertad sea injustificada. Además, de acuerdo con el mismo ordenamiento, reformado en 1970, sí es posible privar de la libertad a una persona sujeta a investigación por tiempo indefinido y sin consignación ante la autoridad judicial.

239. En cuanto al amparo, el citado ordenamiento establece que no se puede hacer valer contra los actos de autoridad en aplicación de la misma Ley de Orden Público hasta que cese la emergencia, aun cuando es posible interponer el propio juicio de amparo, en opinión de Aguirre Godoy, respecto de los derechos no suspendidos en la declaración del estado de emergencia, y que se pueden impugnar las leyes expedidas durante el propio estado de sitio, inclusive el decreto del Congreso que aprueba la restricción de derechos humanos, si el decreto del ejecutivo restringe derechos no susceptibles de suspensión.

240. b) De acuerdo con Almagro Nosete, el proceso penal que se sigue ante el Tribunal de Orden Público asume dos modalidades: en tiempo de normalidad se sigue el procedimiento ordinario pero con restricciones a la libertad del detenido, es decir, se decreta la prisión preventiva incondicional mientras la situación alterada por el delito no se hubiese normalizado, y se permite el juicio en rebeldía; pero una vez declarado el estado de excepción, la competencia de este tribunal se transforma en *residual*, ya que según la Ley de Orden Público, de 30 de julio de 1959 y el Decreto sobre Rebelión Militar, Bandidaje y Terrorismo, de 21 de septiembre de 1960, sólo conoce el Tribunal de Orden Público de los delitos que no caigan bajo la jurisdicción militar, según lo decida la mencionada ley.

241. c) Según Arlas, en Uruguay se discute la procedencia del hábeas corpus tratándose del régimen excepcional conocido como "medidas de pronta seguridad", el cual se ha declarado con frecuencia en los últimos años debido a graves trastornos internos; pero la doctrina se inclina por la admisión de este instrumento tutelar, ya que, aun en situaciones de emergencia, es indudable que se producen detenciones que van más allá de los límites legales del estado de excepción.

242. Por otra parte, si bien el artículo 31 constitucional autoriza la detención de una persona sin cumplir los requisitos normales, en los casos de suspensión de la seguridad individual, de cualquier manera, una vez realizada la detención, el afectado debe ser sometido al juez competente dentro del plazo constitucional.

243. *d)* Si bien no se refiere a situaciones de emergencia, debe señalarse la posibilidad de privación de derechos individuales, en caso de su ejercicio abusivo, que se ha establecido en la Constitución griega de 1968, y en el Decreto-Ley del 1 de enero de 1971, ya que de acuerdo con lo expresado por Georgopoulos, la Cámara de Diputados, el Ministro de Justicia o el Procurador ante la Corte de Casación, pueden acudir ante el Tribunal Constitucional para solicitar que se limiten los derechos fundamentales de las personas que los han ejercitado en forma abusiva, todo lo cual se inspira en el sistema establecido por el artículo 18 de la Constitución de la República Federal de Alemania.⁸⁶

244. *e)* Jolowicz efectúa un análisis muy agudo sobre la actual situación de emergencia que impera en Irlanda del Norte, y que se apoya en las facultades otorgadas al ejecutivo de esa región por la Ley sobre el Gobierno de Irlanda, de 1920 —que debe considerarse como la Constitución de carácter local— y por la Ley de Poderes Especiales de 1922, por lo que desde el punto de vista legal, no procede el hábeas corpus contra el internamiento, es decir, contra la detención de sospechosos sin mandato judicial y sin consignación ante el tribunal respectivo, ya que esa medida se encuentra dentro de los límites de la citada legislación, y los tribunales de esa región carecen de facultades para examinar los motivos políticos de la legislación de emergencia.

245. *f)* Moraes e Barros señala que en Brasil se puede suspender el hábeas corpus e inclusive la apreciación judicial de los delitos políticos y contra la seguridad nacional señalados en el Acta Institucional número

⁸⁶ El citado artículo 18 de la Constitución de la República Federal de Alemania dispone: “Cualquiera que abuse de la libertad de expresión, especialmente de la prensa (artículo 5, parágrafo 1), de la libertad de enseñanza (artículo 5, parágrafo 3), de la libertad de reunión (artículo 8), de la libertad de asociación (artículo 9), del secreto de la correspondencia, del correo y de las telecomunicaciones (artículo 10), de la propiedad (artículo 14) o del derecho de asilo (artículo 16, parágrafo 2), para combatir el orden fundamental libre y democrático será privado de esos derechos fundamentales. Corresponde al Tribunal Federal Constitucional decidir sobre la privación y fijar su extensión.

5, del 13 de diciembre de 1968, estimando que estas restricciones son provisionales y desaparecerán cuando cese la emergencia.⁸⁷

246. g) El criterio que predomina en los trabajos examinados se traduce en el señalamiento de la necesidad de precisar las facultades del ejecutivo durante las situaciones de emergencia, ya que los tribunales no pueden apreciar su fondo político; pero, por el contrario, sí están o deberían estar facultados para apreciar los límites de las propias facultades de emergencia, con objeto de evitar extralimitaciones en perjuicio de los derechos humanos, y como una extensión de la doctrina de la desviación de poder que surgía en la jurisprudencia del Consejo de Estado francés.⁸⁸

247. Por ello, a pesar de las disposiciones que admiten la suspensión o limitación de los instrumentos protectores, éstas deben interpretarse en la forma más favorable a los derechos humanos, a fin de que los tribunales puedan intervenir en esta materia.⁸⁹

VII. DERECHOS HUMANOS Y JUSTICIA MILITAR

248. La misma intranquilidad político-social a que nos hemos referido en el inciso anterior, ha provocado la intervención de la justicia militar en las situaciones de emergencia, afectando de manera evidente el derecho fundamental al juez natural, pues sin existir propiamente un estado de guerra, se somete a los civiles a los propios tribunales castrenses, cuando

⁸⁷ Sin embargo, tenemos la convicción de que las restricciones de esta Acta Institucional deben interpretarse a la luz del artículo 159 de la Constitución brasileña, en su texto reformado en 1969, de acuerdo con el cual: *El incumplimiento de cualquiera de las prescripciones relativas al estado de sitio hará ilegal la coacción y permitirá al afectado impugnarla ante el poder judicial*, cfr. Wald, Arnold, *Do mandado de segurança na prática judiciária*, 3a. ed., 1968, pp. 201-202.

⁸⁸ Aun cuando existe una bibliografía impresionante sobre la desviación del poder (*détournement de pouvoir*) como motivo de impugnación de los actos administrativos discrecionales ante el Consejo de Estado francés, nos limitaremos a señalar el estudio reciente de Auby y Fromont, *Les recours contre les actes administratifs dans les pays de la Communauté Économique Européenne*, cit., pp. 250-261.

⁸⁹ En el Seminario organizado en la ciudad de México del 15 al 18 de agosto de 1961, bajo los auspicios de las Naciones Unidas, sobre amparo, *habeas corpus* y otros recursos similares, la mayoría de los delegados estuvieron de acuerdo en que sería aconsejable reconocer a los tribunales el poder de decidir respecto a la legalidad de las medidas adoptadas por la autoridad durante estas situaciones de emergencia, *Actas*, Nueva York, 1962, pp. 97-109.

han incurrido en ciertos delitos de tipo político, especialmente los de rebelión o de trastornos al orden público, y en esta dirección advertimos nuevamente el ejemplo doloroso de Latinoamérica, aun cuando no sea el único.

249. a) Por lo que se refiere a España, sostiene Almagro Nosete, que según el Decreto-Ley de 21 de diciembre de 1960, ya mencionado, ciertos delitos de tipo político imputados a civiles se someten al conocimiento de los tribunales militares durante los periodos de emergencia, y sólo por decisión de los citados tribunales castrenses, los casos que se estiman de menor gravedad se remiten al Tribunal de Orden Público.

250. Como lo advierte el mismo Almagro Nosete, el enjuiciamiento penal militar afecta en forma considerable el derecho de defensa de los acusados, a través de un procedimiento sumarísimo, que sólo de manera formal respeta el principio de legalidad, pero otorga a los jueces un arbitrio demasiado amplio; se imponen serias limitaciones legales a la preparación de la defensa, la que en principio debe ser sustentada por militares, y por excepción conferirse a abogados particulares, siempre se decreta la prisión preventiva, y la sentencia no es impugnabile, estableciéndose para los delitos más graves, como pena única, la de muerte.

251. Todo lo anterior lleva al tratadista español, adhiriéndose a la doctrina mayoritaria, a sostener que los civiles, aun cuando cometan delitos contemplados por leyes militares, deben ser sometidos a los tribunales ordinarios, por la falta de adecuación de la justicia castrense para decidir problemas que atañen a la vida civil.

252. b) Morello señala la situación del ordenamiento argentino, tomando en consideración que el gobierno *de facto* sancionó la Ley 18,323, que atribuyó a los tribunales castrenses la competencia para juzgar a personas que incurrieran en hechos o situaciones previstas en diversas situaciones del Código de Justicia Militar, cuando el ejecutivo estime que existan situaciones de emergencia, todo lo cual se traduce en la violación, además de otras disposiciones de la Constitución Nacional, del derecho al juez natural previsto por el artículo 18 de la propia Carta Fundamental,⁹⁰ limitando gravemente las funciones y la competencia de los tribunales

⁹⁰ La parte relativa del artículo 18 de la Constitución argentina establece: "Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso, ni juzgado por comisiones especiales, o sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa..."

ordinarios, por lo que este sistema merece las críticas más severas.⁹¹

253. El ponente argentino destaca que la Corte Suprema ha sostenido que, aun en el supuesto de admitirse la competencia de la justicia militar, una vez terminada la emergencia, debe dejarse sin efecto la sentencia condenatoria dictada por los tribunales castrenses, y disponerse que los afectados sean juzgados nuevamente por el Poder Judicial, en forma legal y con arreglo a las leyes que distribuyen la competencia entre los jueces en materia penal.

VIII. PROTECCIÓN PROCESAL INTERNA Y CONVENCIONES INTERNACIONALES

254. Varios de los ponentes nacionales realizan un análisis comparativo entre las disposiciones de sus ordenamientos y los derechos humanos consagrados en las convenciones internacionales sobre la materia, particularmente las Declaraciones Americana y Universal, la Convención Europea y los Pactos de las Naciones Unidas, todos ellos sobre Derechos Humanos.

255. *a)* Aguirre Godoy menciona que no obstante todos los problemas por los cuales atraviesa y ha atravesado Guatemala, se ha acudido a estos convenios internacionales, para dejar subsistente, así sea en forma limitada, el ejercicio de ciertos derechos de libertad y seguridad.

256. *b)* Almagro Nosete realiza un cotejo de las garantías procesales reguladas por las citadas convenciones internacionales, con objeto de asegurar a los gobernados una justicia interna más expedita, con debates públicos y con amplias oportunidades de defensa, en relación con las diversas ramas de enjuiciamiento, particularmente la de carácter penal.

257. *c)* Conso dedica amplias reflexiones a la falta de actuación efectiva de la Declaración Universal de Derechos Humanos y la vigencia de la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, destacando que la Comisión Europea de Derechos Humanos ha conocido cerca de un millar de reclamaciones, tanto gubernamentales como de particulares, la mayoría de las cuales se

⁹¹ Cfr. el valiente estudio de Spolansky, Eduardo y Vanossi, Jorge Reinaldo, "Sanciones militares y garantías constitucionales", *Revista Argentina del Colegio de Abogados*, Buenos Aires, febrero de 1971.

han estimado inadmisibles, salvo muy pocas, que se han declarado infundadas en cuanto al fondo, resultado que se califica de desilusionante.

258. Este autor hace referencia a que la citada Convención se encuentra en vigor en Italia desde 1955, no obstante lo cual, los tribunales italianos han invocado, en muy contadas ocasiones; la violación de los derechos humanos regulados en la propia Convención pero, además, si bien es verdad que varios textos constitucionales se ajustan en principio a los postulados de la citada Convención, deben reformarse numerosos aspectos de la legislación italiana para adecuarlos a los mismos derechos y, además, el gobierno de Italia debe ratificar los artículos 25 y 46 del mencionado documento internacional, que tampoco han sido aprobados por Grecia y Chipre,⁹² para someterse a la competencia de la Comisión y la Corte Europea de Derechos Humanos en cuanto al conocimiento de reclamaciones individuales.

259. *d*) Jauernig manifiesta que tanto la Convención Europea como su primer Protocolo Adicional de 20 de marzo de 1952⁹³ fueron incorporadas al derecho federal alemán, por leyes de 7 de agosto de 1952 y 3 de septiembre de 1953, y como tales obligan directamente a los tribunales, pero sólo en su calidad de ordenamiento de carácter federal, subordinados a la Constitución, por lo que se ha presentado la duda de que pueden ser derogadas por leyes federales posteriores, en tanto que las disposiciones

⁹² De acuerdo con los citados preceptos de la Convención Europea: artículo 25. "La Comisión (Europea de Derechos Humanos) puede conocer de cualquier demanda dirigida al Secretario General del Consejo de Europa por *toda persona física, organización no gubernamental o grupo de particulares* que se considere víctima de una violación por una de las Altas Partes Contratantes de los derechos reconocidos en la presente Convención, en el caso de que la parte contratante contra la cual se haya dirigido la queja haya declarado que reconoce la competencia de la Comisión para recibir tales solicitudes. Aquellas de las Altas Partes Contratantes que hayan hecho tal consideración se comprometerán a no obstaculizar en forma alguna el ejercicio de este derecho..." Artículo 46. "1. Cualquiera de las Altas Partes Contratantes *podrá declarar en cualquier momento que reconozce como obligatoria ipso facto y sin convenio especial la jurisdicción de la Corte (Europea de Derechos Humanos) en todos los asuntos relativos a la interpretación y aplicación de la presente Convención.* 2. Las declaraciones a que hace referencia el párrafo anterior podrán hacerse incondicionalmente o bajo condición de reciprocidad por parte de varias o determinadas Altas Partes Contratantes, o por determinado tiempo..."

⁹³ En este Protocolo adicional se consignaron además de los derechos reconocidos en la Convención de Roma, los derechos de propiedad, de educación y de elecciones libres, cfr. Robertson, A. H., *Human Rights in Europe*, Manchester, 1963, pp. 31-42.

de la Declaración Universal, de diciembre de 1948, no tienen efecto directo en el régimen interno de la República Federal, pero debe tomarse en cuenta que sus principios generales, en todo caso, constituyen bases del derecho de la propia República Federal.⁹⁴

260. *e)* Según Jolowicz, la Declaración Universal y la Convención Europea, ya mencionadas, no forman parte del derecho inglés, aun cuando el Reino Unido ha ratificado dichas convenciones; pues contrariamente a lo que ocurre con otros países pertenecientes al Consejo de Europa, se requiere de una ley expresa del Parlamento que incorpore dichas disposiciones al derecho interno, lo que no ha ocurrido hasta la fecha, por lo que los particulares no pueden invocar ante un tribunal inglés los derechos que otorgan dichas convenciones.

IX. CONCLUSIONES

261. Las conclusiones concretas que pueden sustentarse, como resultado del análisis de las diversas ponencias nacionales, pueden sintetizarse como sigue:

262. *Primera.* No es suficiente la consagración de los derechos humanos en los textos de las constituciones para que su eficacia quede asegurada en la práctica, sino que se requiere del establecimiento de instrumentos procesales para prevenir o reparar la violación de los propios derechos.

263. *Segunda.* La violación de los derechos fundamentales, de la persona humana, tanto en su aspecto individual y con mayor razón en su dimensión social, trasciende la esfera jurídica de los titulares de los propios derechos, afectando, según su gravedad, a un sector de la comunidad o, inclusive, a la sociedad en su conjunto.

⁹⁴ En efecto, en el artículo 1o. de la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania, se dispone: "1. La dignidad de la persona humana es sagrada. Todos los órganos del poder público tienen la obligación de respetarla y protegerla. 2. El pueblo alemán reconoce, por tanto, la existencia de derechos inviolables del hombre como base de toda comunidad humana, de la paz y de la justicia en el mundo. 3. Los derechos fundamentales enunciados a continuación tienen valor de derecho directamente aplicable, obligando al legislador, a la administración y a los tribunales."

264. *Tercera.* Los instrumentos de carácter procesal, que se han estructurado en los ordenamientos contemporáneos, pueden clasificarse en dos grandes categorías: la primera de las cuales está constituida por aquellos que en defecto o como complemento de instrumentos específicos se utilizan para la tutela de los derechos humanos, y que pueden considerarse como “medios indirectos”, los que en esencia están integrados por el proceso ordinario en todas sus ramas, pero particularmente el enjuiciamiento penal, ya que los derechos procesales del acusado se encuentran consagrados generalmente en los textos constitucionales; en la misma dirección también podemos señalar las llamadas garantías constitucionales del proceso, tanto las de carácter judicial, como las procesales en sentido estricto y, finalmente, la justicia administrativa.

265. *Cuarta.* Debido a la necesidad de que la tutela de los derechos humanos pueda traducirse en la reparación, y mejor aún, en la prevención de las violaciones que puedan realizar tanto las autoridades como los grupos de carácter social, se está imponiendo la introducción o perfeccionamiento de instrumentos específicos, que se traduzcan en un procedimiento rápido, breve y eficaz, y entre dichos medios tutelares podemos mencionar al recurso o proceso de hábeas corpus, que tuvo su origen en el derecho angloamericano, pero que está adquiriendo un alcance general, al menos en los ordenamientos de Occidente, como instrumento de tutela de la libertad física; el recurso, acción o juicio de amparo, que ha tenido su origen en el derecho mexicano y se está imponiendo lenta pero seguramente en Latinoamérica para la protección de todos los derechos del hombre consagrados constitucionalmente, con excepción de la libertad que se protege por el hábeas corpus; *el mandado de segurança* brasileño, que tiene muchos puntos de contacto con el amparo, el recurso constitucional (*Verfassungsbeschwerde*) que ha alcanzado un alto grado de perfeccionamiento en el derecho de la República Federal de Alemania; y, finalmente, el control judicial de la constitucionalidad de las leyes.

266. *Quinta.* Por lo que se refiere al citado control de la constitucionalidad de las leyes, se ha advertido la superioridad de la revisión judicial sobre la encomendada a los órganos de tipo político, y en cuanto a la primera se advierte un doble sistema: el calificado como “americano”, que se caracteriza por encomendar a todos los tribunales la función de conocer y decidir en los casos concretos sometidos a su conocimiento, sobre

las cuestiones de la constitucionalidad de las disposiciones aplicables, cuestiones que pueden ser planteadas por las partes o de oficio por el juzgador; y el denominado sistema “austriaco”, el cual se distingue por la existencia de un tribunal constitucional específico que es el único que está facultado para decidir sobre la constitucionalidad de las leyes con efectos generales, es decir, *erga omnes*.

267. *Sexta*. Aun cuando desde el punto de vista conceptual el sistema americano tiene como características principales el de planteamiento y resolución incidental de las cuestiones de inconstitucionalidad, con efectos para el caso concreto en el cual han surgido dichas cuestiones, y el “austriaco” por la existencia de un proceso principal sobre materia constitucional, iniciado en vía de acción, cuya sentencia se traduce en la pérdida de eficacia general del ordenamiento que se considera como inconstitucional, en la práctica ambos sistemas se han venido combinando, de tal manera que en los dos existe la posibilidad de un planteamiento principal o incidental, y la sentencia lo mismo puede traducirse en la desaplicación en el caso concreto que en la anulación general del ordenamiento combatido, observándose en Latinoamérica, en cuyos ordenamientos predomina el criterio tradicional de los efectos particulares, una tendencia hacia la declaración general de inconstitucionalidad, como lo demuestra la acción popular de Colombia, Venezuela, Panamá y El Salvador y la Corte de Constitucionalidad de Guatemala, sin que por ello se abandone la desaplicación particular.

268. *Séptima*. Las frecuentes declaraciones de emergencia o de estado de sitio, particularmente en los países latinoamericanos, se traducen tanto en una restricción de los derechos humanos como en la suspensión o limitación de los instrumentos procesales que están dirigidos a su tutela, restricciones que en numerosas ocasiones son desorbitadas respecto a las situaciones que se pretende combatir; por lo que resulta indispensable que los tribunales tengan la posibilidad de resolver sobre los límites de las facultades discrecionales que se otorgan durante las propias situaciones de emergencia, ano cuando no puedan calificar los motivos políticos de las medidas citadas de excepción.

269. *Octava*. No resultan admisibles las disposiciones que se han introducido en varios países con motivo de situaciones de emergencia, para someter a los tribunales militares el conocimiento de ciertos delitos de carácter político que se imputan a civiles, ya que además de violarse

el principio fundamental consagrado en la mayoría de las constituciones contemporáneas, del derecho al juez natural, el enjuiciamiento castrense limita considerablemente la defensa del acusado.

270. *Novena.* Se advierte también la necesidad de que se hagan efectivas las disposiciones contenidas en los convenios internacionales sobre derechos humanos, pues si bien se han ratificado por la mayoría de los países cuyos informes se analizan, sin embargo, no se aplican por las jurisdicciones nacionales, no obstante que dichos documentos regulan instrumentos de carácter procesal, no sólo en el ámbito internacional, sino también como medios internos de protección de los derechos del hombre, que de ser realizados se traducirían en el perfeccionamiento y en la uniformación de los mismos instrumentos, así sea en un ámbito regional.

LA DEFENSA JURÍDICA DE LOS PARTICULARES FRENTE A LOS ORGANISMOS PARAESTATALES*

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *El Estado social de derecho y la administración pública.* III. *El llamado sector paraestatal: organismos descentralizados, empresas públicas y fideicomisos.* IV. *La tutela jurídica y procesal de los gobernados frente a los organismos públicos descentralizados.* V. *El juicio de amparo latinoamericano como uno de los instrumentos tutelares.* VI. *Otros medios de protección.* VII. *El juicio de amparo mexicano y los organismos descentralizados.* VIII. *Necesidad de una revisión de los conceptos e instrumentos tradicionales.* IX. *Conclusiones.*

I. INTRODUCCIÓN

1. El tema de la defensa jurídica y predominantemente procesal de los derechos e intereses jurídicos de los gobernados frente a lo que se califica como sector paraestatal constituye uno de los temas esenciales de nuestro tiempo, en virtud de que forma parte del sector más amplio que se refiere a la tutela de los gobernados frente a la administración pública, cada vez más absorbente y poderosa en esta época y que amenaza serlo todavía más en el futuro próximo.

2. Por otra parte conviene subrayar que el propio tema se encuentra estrechamente relacionado —y difícil de delimitar— con las otras cuestiones capitales que se discutirán en este Noveno Congreso Mexicano de Derecho Procesal, es decir, por una parte la relativa a los sistemas de protección al interés de los consumidores y a otros intereses colectivos y, por otra, la relacionada con nuestro juicio de amparo. En

* Publicado en la *Revista de la Facultad de Derecho de México*, tomo XXXIV, núms. 133-135, enero-junio de 1984, pp. 135-172.

efecto, por lo que se refiere a la primera podemos destacar que cuando se habla del sector paraestatal se comprende también a las empresas públicas y a los fideicomisos también de carácter público, tomando en cuenta que particularmente dichas empresas participan activamente en la producción y distribución de bienes y servicios, por lo que pueden afectar a los consumidores; por otra parte, los llamados intereses colectivos, transpersonales o difusos, pueden ser lesionados tanto por las empresas y fideicomisos como por los organismos públicos descentralizados y, finalmente, todos los instrumentos de control al plantearse en la vía procesal desembocan de manera inmediata o en su culminación, en el juicio de amparo. Debido a esta estrecha vinculación, será necesario hacer referencia a todos estos sectores, pero procurando no invadir los otros campos, en virtud de que el solo tema que nos toca desarrollar es lo suficientemente extenso como para no tener necesidad de incursiones en los demás.

3. Como punto de partida es posible afirmar que es necesario revisar los conceptos de carácter tradicional, al menos en la doctrina, la jurisprudencia y la legislación mexicanas, por lo que se refiere a la idea de autoridad que se utiliza para la impugnación de sus actos ante los tribunales federales a través del juicio de amparo, e intentar una delimitación entre las diversas instituciones que se agrupan, también en nuestro ordenamiento, en el llamado sector paraestatal, porque del replanteamiento de la problemática de estas materias depende mucho la posibilidad de plantear las soluciones que requieren los rápidos cambios que experimenta tanto el Estado como la sociedad civil mexicanos.

4. En primer lugar, se sigue utilizando, al menos en la legislación y la jurisprudencia de nuestro país, un concepto superado de autoridad como los entes, organismos o funcionarios públicos que de manera directa disponen de los medios coercitivos para imponer sus determi-

¹En efecto, de acuerdo con la tesis de jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia número 53, p. 98, del volumen de las tesis comunes al Pleno y a las Salas, del *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación* publicado en 1975, "el término 'autoridades', para los efectos del amparo, comprende a todas aquellas personas que disponen de la fuerza pública, en virtud de circunstancias ya legales, ya de hecho, y que, por lo mismo, estén en posibilidad material de obrar como individuos que ejerzan actos públicos, por el hecho de ser pública la fuerza de que disponen".

naciones a los gobernados, y en forma más simple, a los órganos directos del Estado, especialmente de la administración.¹ Con lo anterior se ignora la transformación de los organismos estatales contemporáneos, que al mismo tiempo que crecen en extensión y poder, van adoptando formas desconcentradas y particularmente descentralizadas para poder desarrollar con mayor eficacia las tareas cada vez más amplias que deben efectuar; formas que son muy complejas, pues si bien no surgieron de pronto en los últimos años, sino que se remontan al menos, en la era moderna, a la creación de los estados federales,² su diversidad ha aumentado considerablemente.

5. En otras palabras, la autoridad de los órganos directos del poder público se ha delegado en los organismos públicos descentralizados, que adoptan mayor flexibilidad en el ejercicio de esa autoridad, en virtud de que se les otorga personalidad y patrimonio propios, y en ciertos supuestos, también autonomía para designar sus autoridades y realizar facultades de carácter legislativo, que es el grado más amplio de la descentralización, ya sea por territorio o por servicio.³

6. Los citados organismos descentralizados, sean o no de carácter autónomo, al ejercer las facultades públicas que les han delegado los órganos centrales del poder, están en posibilidad de restringir (y de hecho, la afectación se realiza con mucha frecuencia) los derechos e intereses jurídicos de los gobernados, en ocasiones inclusive con mayor intensidad que los organismos directos del Estado, puesto que se encuentran más próximos a los particulares, lo que trae como consecuencia que sean insuficientes los instrumentos jurídicos tradicionales para lograr una reparación rápida y eficaz de las citadas violaciones.

7. También debemos destacar que la sociedad contemporánea es pluralista y grupal, aun en los países socialistas que pretenden una

²La bibliografía es muy extensa, pero nos limitamos a señalar, por su carácter general el libro de Ferrando Badía, Juan, *El Estado unitario, el federal y el Estado regional*, Madrid, 1978, especialmente pp. 69-424.

³Cfr. García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás Ramón, *Curso de derecho administrativo*, 3a. ed., Madrid, 1980, tomo I, pp. 303-360; Gordillo, Agustín A., *Tratado de derecho administrativo*, Buenos Aires, 1974, tomo I, pp. 2-32.

⁴Podemos tomar como modelo el arquetipo soviético, que es el inspirador de los restantes países socialistas, en virtud de que según el segundo párrafo del artículo 19 de la Constitución Federal del 7 de octubre de 1977, "...El Estado contribuye a intensificar la *homogeneidad social de la sociedad*, es decir, a borrar las diferencias de clase y diferencias esenciales entre la ciudad y el campo, entre el trabajo físico y el intelectual, a desarrollar y acercar unilateralmente

mayor armonización entre los diversos sectores sociales,⁴ y esto determina que las relaciones entre los diversos grupos provoque la afectación de la esfera jurídica de los particulares o inclusive de los propios sectores, y que por ello también sea preciso revisar los instrumentos tradicionales de tutela de los derechos personales, aun cuando los mismos no sean menoscabados por órganos de autoridad. Por ello se ha estudiado la posibilidad de utilizar medios normativos más eficaces que los que se han venido empleando hasta el momento.

8. En este sentido podemos señalar que en la ciudad de Estrasburgo, Francia, se realizó en diciembre de 1969 un coloquio sobre el tema *Protección de los derechos humanos en las relaciones entre particulares*, con motivo de la inauguración de las actividades del Instituto Internacional de Derechos Humanos, fundado por el ilustre René Cassin, que se entendió no en el sentido aparente de la tutela de tales derechos frente a otras personas individuales, sino en relación con los grupos de interés y de presión, que en ocasiones pueden afectar, inclusive en forma más intensa, los derechos humanos de sus integrantes o de otras personas.⁵

9. Precisamente por esta preocupación se efectuó en la ciudad de Ottawa, Canadá, del 17 al 19 de febrero de 1972, el Décimo Coloquio Internacional de Derecho Comparado, en el cual, además de la cuestión relativa a la protección de los gobernados frente a las autoridades administrativas, se estudiaron otros dos temas: el individuo frente a las grandes empresas (entre las cuales se encuentran no sólo las privadas

todas las naciones y etnias de la URSS". Para una visión de conjunto de los Estados socialistas, cfr. Biscaretti di Ruffia, Paolo, *Introduzione al diritto costituzionale comparato*, 4a. ed., Milán, 1980, pp. 317-463, trad. castellana de Héctor Fix-Zamudio a la 2a. ed. italiana, *Introducción al derecho constitucional comparado*, México, 1975, pp. 188-260.

⁵Cfr. Fix-Zamudio, Héctor, "Algunos aspectos de la protección de los derechos humanos en las relaciones entre particulares en México y Latinoamérica", *Revista Jurídica Veracruzana*, Jalapa, Veracruz, México, abril-junio de 1970, pp. 5-47; traducido al francés para su presentación en el citado Coloquio con el título "Quelques aspects de la protection des droits de l'homme dans les rapports entre personnes privées au Mexique et en Amérique Latine", en la obra colectiva *René Cassin amicorum discipulorumque liber*, París, 1971, tomo II, pp. 279-310.

⁶Los trabajos presentados y las conclusiones adoptadas en dicha reunión fueron publicados por el Centre Canadien de Droit Comparé, en el volumen con el título *Travaux du Dixième Coloquio International de Droit Comparé. Proceedings of the Tenth International Symposium on Comparative Law*, Ottawa, Ontario, Canadá, 1973.

sino también las públicas) y las personas frente a los sindicatos.⁶

10. Los tratadistas también se han ocupado del problema de los peligros de las violaciones de los derechos de los gobernados por los grupos u organismos sociales poderosos, entre ellos los de carácter económico, político, profesional e inclusive cultural⁷ si bien en nuestro país la cuestión se ha abordado más recientemente.⁸

11. Uno de los casos más importantes resueltos por la Suprema Corte argentina el 5 de septiembre de 1958, en el asunto planteado por Samuel Kot, se refirió a la procedencia del derecho de amparo, reservado tradicionalmente a la tutela de los particulares frente a las autoridades públicas, para la protección de los mismos gobernados en relación con otros particulares, en realidad, grupos de presión, puesto que se solicitó respecto de actos de un sindicato de trabajadores.⁹ La trascendencia de este fallo radica en haber destacado la conveniencia de utilizar medios rápidos y eficaces para tutelar los derechos fundamentales de la persona humana consagrados constitucionalmente no sólo frente a las autoridades en su sentido tradicional, sino también respecto de otros sectores sociales que no forman parte del poder del

⁷Cfr. Lombardi, Giorgio, *Potere privato e diritti fondamentali*, Milán, 1970, tomo I, pp. 16 y ss.; Lewan, Kenneth M., "The Significance of Constitutional Rights for Private Law, Theory and Practice in West Germany", *The International and Comparative Law Quarterly*, Londres, julio de 1978, pp. 571-591.

⁸Un breve resumen de los problemas relativos a la tutela de los derechos fundamentales frente a los sectores sociales, además de los estudios citados en la nota 5 de este trabajo, puede consultarse en el trabajo de Fix-Zamudio, Héctor, "El juicio de amparo en Latinoamérica", *Memoria de El Colegio Nacional*, México, 1978, pp. 126-130, trad. al inglés por el profesor Carl E. Schwarz con el título de "The Writ of Amparo in Latin America", *Lawyer of the Americas*, Miami, invierno de 1981, pp. 382-384.

⁹En la parte relativa de la citada sentencia de la Suprema Corte argentina, se sostuvo: "... Aun menos admisible es el distingo a que antes se ha hecho referencia (protección de los derechos humanos sólo frente a las autoridades y no respecto de los particulares), considerando las condiciones en que se desenvuelve la vida social en estos últimos 50 años. Además de los individuos humanos y del Estado, hay ahora una tercera categoría de sujetos, con o sin personalidad jurídica, que sólo raramente conocieron los siglos anteriores: los consorcios, los sindicatos, las asociaciones profesionales, las grandes empresas, que acumulan casi siempre un enorme poderío material o económico. A menudo sus fuerzas se oponen a las del Estado y no es discutible que estos entes colectivos representan, junto con el progreso material de la sociedad, una fuente de amenazas para el individuo y sus derechos esenciales..." (Fallos, 241, 291). Transcrita como apéndice al libro de Orgaz, Alfredo, *El recurso de amparo*, Buenos Aires, 1961, pp. 89-109, especialmente pp. 95-96.

¹⁰Esta resolución fue objeto de numerosos comentarios doctrinales entre los que pueden citarse los estudios de Carrió, Genaro R., *Recurso de amparo y técnica judicial. Análisis crítico del caso Kot y su influencia en la jurisprudencia*, Buenos Aires, 1961; Linares Quintana, Segundo,

Estado.¹⁰

12. Si bien por la índole de este trabajo no haremos referencia a ese tipo de protección que corresponde a otro de los temas de este Congreso, según lo expresamos con anterioridad (es decir, el relativo a los sistemas de protección al interés de los consumidores y a otros intereses colectivos), el empleo de instrumentos utilizados contra actos de autoridad, inclusive tratándose de organismos o sectores que se consideran de carácter privado, influyó en el planteamiento de la necesidad de emplear tales instrumentos, por mayoría de razón, respecto a los organismos públicos descentralizados que, como veremos más adelante (véase *infra* párrafos 53 a 64), forman parte de la administración, y, por tanto, disponen del poder coactivo del Estado.

II. EL ESTADO SOCIAL DE DERECHO Y LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

13. El Estado social de derecho, calificado también por algunos tratadistas como “democracia social”,¹¹ surgió de la transformación del Estado de derecho clásico, individualista y liberal en una organización política en la cual se reconoce la estructura grupal de la sociedad y la necesidad de armonizar los diversos intereses de los grupos sociales, económicos, políticos y culturales cada vez más complejos.¹²

14. Son varias las constituciones contemporáneas que consignan expresamente este concepto y entre ellas podemos mencionar la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania (artículo 20, 1949); y las constituciones francesa (artículo 2o., 1958), española (artículo 1o., inciso 1, 1978) y peruana (artículo 79, 1979), así como el artículo 1o., inciso 1, del proyecto de Constitución de la Confederación Suiza,

“La doctrina de la Corte Suprema sobre amparo de la libertad y los grupos de interés y de presión”, *Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, 30 de diciembre de 1958, pp. 1-4.

¹¹ Cfr., entre otros, el excelente estudio del conocido constitucionalista argentino Vanossi, Jorge Reinaldo A., *El Estado de Derecho en el constitucionalismo social*, Buenos Aires, 1982, especialmente pp. 259-279.

¹² Cfr., entre otros, García Pelayo, Manuel, “El Estado social y sus implicaciones”, en su libro *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Madrid, 1977, pp. 13-82.

¹³ Cfr. Fix-Zamudio, Héctor, “Introducción a la justicia administrativa en el ordenamiento mexicano”, *Memoria de El Colegio Nacional*, México, 1981, pp. 53-54.

de 1977.¹³

15. Pero aun en aquellos ordenamientos constitucionales que no han formulado una declaración expresa como la de las cartas constitucionales que hemos mencionado en el párrafo anterior, en diversos grados de evolución configuran o se aproximan al Estado social de derecho, en tanto que dichos ordenamientos reconocen los derechos sociales, económicos y culturales de los diversos grupos sociales, y atribuyen al Estado la función de lograr el *bienestar social* (y por ello la calificación de *Welfare State* que se atribuye en los sistemas jurídicos angloamericanos).¹⁴

16. En este sentido, aun cuando el régimen constitucional mexicano todavía presenta ciertos aspectos del sistema liberal clásico, modificados de manera paulatina a través de varias reformas constitucionales,¹⁵ y tomando en cuenta también los difíciles problemas del desarrollo, debe considerarse esencialmente inspirado en el modelo del Estado o de la democracia social, que nuestro país inició al elevar a rango

¹⁴Como lo afirma certeramente Vanossi, Jorge Reinaldo A., *El Estado de derecho*, cit., *supra* nota 11, p. 17, "...al modelo político de una 'democracia social' corresponde el modelo constitucional de un 'Estado social de derecho' (Herman Heller) o, más precisamente, de un 'Estado democrático y social de derecho' tal como recientemente lo ha consagrado la Constitución de España. Del Estado concebido en el marco de la ya consabida noción del 'Estado de derecho' se advierte mediante el tránsito de un doble e indecible carril, que comprende los postulados del denominado 'constitucionalismo social' y los requisitos insoslayables para el aseguramiento de la 'racionalización del poder'..."

¹⁵Esta evolución se advierte con mayor vigor en las recientes reformas a los artículos 25, 26, 27 y 28 de la Constitución Federal, publicadas el 3 de febrero de 1983, las que, de acuerdo con la parte relativa de la iniciativa presidencial de diciembre de 1982, "...Sin dejar de reconocer la heterogeneidad de la sociedad mexicana es necesario ir dando cauce a una creciente organización y participación de la sociedad civil en los procesos de la vida nacional. Los principios constitucionales del desarrollo económico nacional, que esta reforma propone, están referidos a la naturaleza y funcionamiento de nuestro sistema político que establece la Constitución. Éstos son correspondientes con el régimen de propiedad y las formas de relación del Estado y la sociedad que ella determina, así como con nuevos mecanismos de participación social que lleven a fortalecer y perfeccionar nuestro régimen democrático. Estos principios de filosofía política del desarrollo económico nacional son consecuentes con la esencia de la Revolución Mexicana, con la necesidad de un desarrollo equilibrado y formas más modernas de organización económica, sin que se altere la estructura de nuestro orden normativo y constitutivo de gobierno..."

¹⁶En relación con el nacimiento y desarrollo de los derechos sociales consagrados en la Carta Fundamental de 1917, pueden citarse entre otros, los siguientes trabajos: Trueba Urbina, Alberto, *La primera Constitución político-social del mundo*, México, 1971; *idem*, *Derecho social mexicano*, México, 1978; Mendieta y Núñez, Lucio, *Derecho social*, 3a. ed., México, 1980; Campillo Sáinz, José, *Los derechos de la persona humana. Los derechos sociales*, México, 1962; Reyes Nevares,

constitucional los derechos de los trabajadores y de los campesinos en la Carta Federal de 1917.¹⁶

17. Como afirma certeramente el destacado tratadista español Manuel García Pelayo, el Estado social se caracteriza por la intervención creciente en las actividades económicas, sociales, políticas y culturales, para armonizar y coordinar los diversos intereses de una comunidad pluralista; redistribuir bienes y servicios, y para obtener una meta muy difícil de alcanzar: *la justicia social*, y por este motivo se le ha calificado de muy diversas maneras como Estado benefactor, promotor, distribuidor, *manager*, etcétera.¹⁷

18. Este intervencionismo cada vez más amplio y vigoroso en las distintas actividades de la sociedad pluralista contemporánea se realiza a través de la organización técnica con la cual cuenta el Estado moderno para obtener estos objetivos de justicia social, es decir, la *administración pública*, que por la multiplicidad de tareas que debe realizar adopta formas muy complejas de organización. Este crecimiento inevitable y no pocas veces desmesurado de la administración contemporánea, si bien por un lado beneficia a los diversos sectores sociales, especialmente a aquellos que se encuentran en una situación menos favorable, en contrapartida, también afecta a esos mismos grupos y a las personas individuales al restringir la esfera de la libertad de los gobernados, en virtud de que los mismos se encuentran sujetos, en un número cada vez mayor de sus actividades, a *licencias, permisos y autorizaciones de carácter administrativo*.

19. Por la evolución anterior, el administrado se encuentra en una situación muy desventajosa frente a la administración pública de nuestra época, al extremo que se identifica actualmente con la del gobernado; y a este respecto, el distinguido jurista español Jesús González Pérez señala con acierto esta posición tan difícil y a veces angustiosa del gobernado de nuestra época, puesto que por una parte el hombre

Salvador, "Apunte histórico sobre los derechos sociales", en la obra *Los derechos sociales del pueblo mexicano*, México, 1979, tomo I, pp. 145-252.

¹⁷Cfr. García Pelayo, Manuel, "El Estado social y sus implicaciones", cit., *supra* nota 12, pp. 30-40.

¹⁸Cfr. González Pérez, Jesús, "Arbitrariedad administrativa", *Anuario Jurídico*, México, I, 1974, p. 159.

tiene, entre otras desgracias, la de ser administrado¹⁸ y además, o tal vez por ello, debe considerársele también como el gran olvidado de los estudios de derecho administrativo,¹⁹ y señala la paradoja, de que la libertad en sentido social resulta mucho más restringida en un régimen democrático que en uno autoritario, pues en el segundo la administración se encuentra menos desarrollada que en el primero.²⁰

20. Podemos observar en la realidad jurídica y social de nuestra época que se identifican casi totalmente los conceptos de gobernado y administrado, pues el primero se encuentra inmerso en el mundo, en ocasiones impenetrable, de la actividad administrativa, y a veces impotente y desorientado para defender su escasa esfera de libertad, cada vez más reducida, frente a una creciente reglamentación administrativa que llega a ser aplastante.

III. EL LLAMADO SECTOR PARAESTATAL: ORGANISMOS DESCENTRALIZADOS, EMPRESAS PÚBLICAS Y FIDEICOMISOS

21. Lo que se ha entendido —al menos en el ordenamiento mexicano— como sector paraestatal comprende un conjunto de instituciones que no se encuentran debidamente delimitadas, pero que en términos generales comprende tres grandes sectores: los organismos públicos descentralizados, las empresas públicas y los fideicomisos de interés público, los que, de acuerdo con nuestro sistema federal pueden establecerse tanto en el ámbito de la Federación y del Distrito Federal, como en el de las diversas entidades federativas.²¹

22. El sector paraestatal se ha desarrollado en forma meteórica en la segunda posguerra, al extremo que en ocasiones puede igualar e inclusive superar a la organización administrativa directa, tomando

¹⁹Cfr. González Pérez, Jesús, *El administrado*, Madrid, 1966, pp. 15-20.

²⁰Cfr. González Pérez, Jesús, *Administración pública y libertad*, México, 1971, p. 19.

²¹Desafortunadamente ni el legislador ni la doctrina mexicanos han deslindado los campos de los organismos públicos descentralizados de las empresas del Estado, que deben regirse por principios jurídicos y económicos diversos. Sobre la diversidad de los entes públicos y un intento por establecer su tipología, especialmente en el derecho español, cfr. García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás Ramón, *Curso de derecho administrativo*, cit., *supra* nota 3, tomo I, pp. 315-360.

en consideración que el Estado liberal clásico, por su misma filosofía de intervenir lo menos posible en las actividades económicas y sociales, poseía una administración bastante limitada que operaba esencialmente a través de las dependencias directas o centralizadas para la prestación de los servicios públicos, o bien con el auxilio de organismos privados, generalmente empresas mercantiles, a los que otorgaba concesiones para la prestación de algunos de estos servicios, de manera que la descentralización, especialmente en cuanto implicaba la delegación de ciertas facultades o atribuciones de autoridad, y cierto grado de autonomía, sólo se concibió en cuanto a la descentralización territorial, y escasamente en cuanto a los servicios mismos.²²

23. En la primera posguerra, con las manifestaciones del constitucionalismo social, se inicia la descentralización por servicio²³ que culmina, como se ha dicho, al término de la Segunda Guerra Mundial, con el desarrollo del Estado social de derecho o de la democracia social, que implica el desarrollo del intervencionismo estatal, con el fin de lograr una mejor redistribución del ingreso, una armonización de los intereses de los diversos grupos sociales y la prestación de los servicios de la seguridad social.²⁴

24. Esta evolución de la segunda posguerra determinó forzosamente la diversificación de las tareas de la administración pública a través de organismos e instrumentos jurídicos crecientemente complejos que conforman lo que se ha calificado como sector paraestatal. Inclusive dentro del campo de la descentralización territorial se advierte una tendencia cada vez más vigorosa hacia la descentralización de las actividades no sólo administrativas sino también políticas, a través de los sistemas del federalismo clásico que actualmente desembocan en el llamado *federalismo cooperativo*,²⁵ y también en otros sistemas de

²²Cfr. Mayer, Otto, *Derecho administrativo alemán*, trad. de Horacio H. Heredia y Ernesto Krotoshin, Buenos Aires, 1954, tomo IV, pp. 249-348; Jèze, Gastón, *Principios generales de derecho administrativo*, trad. de Julio N. San Millán Almagro, Buenos Aires, 1949, tomo II, pp. 197-221.

²³Cfr. Merkl, Adolfo, *Teoría general del derecho administrativo*, México, 1975, pp. 437-451.

²⁴Cfr. Vanossi, Jorge Reinaldo A., *El Estado de Derecho*, cit., *supra* nota 11, pp. 45-77; García Pelayo, Manuel, "El Estado social y sus implicaciones", cit., *supra* nota 12, pp. 13-82.

²⁵Cfr., entre otros, Dominicé, Charles, "El federalismo en Suiza" (trad. de Leonel Pereznieta), *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, año XI, núm. 33, septiembre-diciembre de 1978, pp. 255-311.

descentralización como los llamados Estados regionales, en los cuales se delegan en algunos entes territoriales determinadas facultades de autonomía política, económica y administrativa, como ocurre en los ordenamientos constitucionales de Italia (1948), Portugal (1976) y España (1978).²⁶ Pero inclusive en Francia, que se ha considerado el país centralista por excelencia, se advierte una tendencia descentralizadora de carácter territorial.²⁷

25. La descentralización por servicio, particularmente la de carácter administrativo, ha sido muy intensa y ha dado lugar a la creación de dos tipos esenciales de instituciones: los organismos descentralizados y las empresas públicas, y en nuestro ordenamiento también los fideicomisos de carácter público que, en su conjunto, como se ha expresado, integran el sector paraestatal.

26. Por lo que se refiere al primer tipo de instituciones, es decir, los llamados organismos públicos descentralizados, pueden dividirse a su vez en *dos grandes sectores*: los que tienen delegación de facultades, pero dependen directamente del control de la administración central, y los denominados *autónomos*, es decir, aquellos que poseen atribuciones para su autogobierno, pues están facultados para designar sus autoridades, expedir disposiciones legislativas internas y, en ocasiones, imponer sanciones disciplinarias.²⁸

27. Todos estos organismos tienen las siguientes características: en primer término se les otorga *personalidad jurídica* diversa de la de

²⁶Cfr. La Pégola, Antonio, "Federalismo y regionalismo; el caso italiano", en el libro colectivo *Federalismo y regionalismo*, editado por Gumersindo Trujillo, Madrid, 1978, pp. 167-196; Gomes Canotilho, J. J. y Moreira, Vital, *Constituição da República Portuguesa. Ano-tada*, Coimbra, 1978, pp. 413-436; Ferrando Badía, Juan, "Del Estado unitario al Estado autónómico", *Revista del Departamento de Derecho Político*, Madrid, núm. 5, invierno de 1979-1980, pp. 7-19; Oliveira Baracho, José Alfredo de, *Teoría geral do federalismo*, Belo Horizonte, 1982, pp. 269-301.

²⁷Pueden consultarse las leyes número 82-213, del 2 de marzo de 1982, relativa a los derechos de las comunas, departamentos y las regiones, así como la número 83-8, del 7 de enero de 1983, que regula la transferencia y reparto de competencia a las mencionadas entidades locales.

²⁸Cfr. García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás Ramón, *Curso de derecho administrativo*, cit., *supra* nota 3, tomo I, pp. 325-349; Serra Rojas, Andrés, *Derecho administrativo*, 6a. ed., México, 1974, tomo I, pp. 580-600.

²⁹Cfr. Serra Rojas, *op. ult. cit.*, tomo I, pp. 580-622.

las dependencias directas; en segundo término tienen y manejan un *patrimonio* que si bien está sujeto al control y supervisión de la administración central, pueden disponer de él con criterios discrecionales y flexibles.²⁹

28. El grado más elevado de descentralización es el *autonómico*, que tuvo su origen en los sistemas federales clásicos, es decir de carácter territorial (véase *supra* párrafo 24), pero actualmente se utiliza también con diversas modalidades, en la descentralización por servicio, o sea en aquellos supuestos en los cuales la naturaleza misma del servicio requiere de mayor independencia respecto de la administración central; como ejemplo ilustrativo podemos señalar a las universidades autónomas, y casos muy concretos son los de la Universidad Nacional Autónoma de México y la Universidad Autónoma Metropolitana (y en grado variable las universidades públicas locales), son organismos públicos descentralizados,³⁰ *autónomos*, es decir, que además de personalidad jurídica y recursos propios (que disponen con un mayor grado de discrecionalidad y menores controles que los restantes organismos descentralizados), disfrutan de un sistema de autogobierno, en virtud de que, dentro del marco de sus leyes orgánicas expedidas por los órganos centrales (en este caso, el Congreso de la Unión o las legislaturas de las entidades federativas), pueden nombrar sus propias autoridades, legislar internamente y ejercer facultades disciplinarias; sistema de autonomía universitaria que se está imponiendo en numerosos ordenamientos contemporáneos.³¹

29. Lo que resulta necesario destacar, porque en ocasiones se olvida o no se toma en cuenta de manera suficiente, es que los organismos públicos descentralizados, incluyendo los denominados autónomos,

³⁰Al respecto pueden consultarse los trabajos publicados en el volumen *La autonomía universitaria en México*, en la colección Cincuentenario de la Autonomía Universitaria en México, México, 1979, tomo I, pp. 15-334. También debe recordarse el clásico estudio de los tratadistas mexicanos Sánchez Cuén, Manuel; Carvajal, Ángel, y Carrillo Flores, Antonio, "La naturaleza jurídica de la Universidad Nacional Autónoma de México", *Revista General de Derecho y Jurisprudencia*, México, tomo V, núm. 2, 1934, pp. 197-235.

³¹Pueden consultarse los numerosos estudios sobre el régimen de la autonomía en las diversas universidades públicas latinoamericanas en el volumen *La autonomía universitaria en América Latina*, en la citada colección publicada con motivo del Cincuentenario de la Autonomía Universitaria en México, México, 1979, tomo II, pp. 8-542. Menos reciente, pero también significativo resulta el estudio de García Laguardia, Jorge Mario, *Legislación universitaria en América Latina*, México, 1973.

forman parte de la administración pública, la que actualmente se integra con estos dos sectores: el centralizado y el descentralizado, y por eso todos ellos son órganos de autoridad pública. Cuando se desconoce esta situación, se produce el desfase que actualmente se observa entre la realidad normativa y la tradición del Estado liberal como, por ejemplo, en nuestra jurisprudencia de amparo, en cuanto se considera como autoridad exclusivamente a las dependencias de la administración central, y se considera que carecen de ella, para efectos del propio derecho de amparo, los organismos públicos descentralizados, salvo los casos de excepción muy conocidos de los institutos Mexicano del Seguro Social o del Fondo de la Vivienda para los Trabajadores, en virtud de que sus leyes reglamentarias les atribuyen expresamente la calidad de organismos fiscales autónomos exclusivamente por lo que se refiere a la determinación y orden de cobro de las aportaciones de los sectores sociales respectivos, y que no se aplica a las demás prestaciones que deben proporcionar.³²

30. El segundo sector paraestatal está integrado por las empresas públicas, que también pueden asumir varias modalidades, ya que de acuerdo con el titular de su capital pueden considerarse en tres

³²De acuerdo con la tesis número 291, p. 492, del volumen de la Segunda Sala del *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación* publicado en 1975, y que puede aplicarse también a la situación similar del Instituto del Fondo Nacional de la Vivienda para los Trabajadores, "Seguro Social, el Instituto Mexicano del Seguro Social es autoridad. A partir de la reforma del artículo 135 de la Ley del Seguro Social (de 1942, modificada en 1949, y que tiene su equivalente en los artículos 267 y 268 de la vigente Ley del Seguro Social de 1973, y el artículo 30 de la citada Ley del Infonavit de abril de 1972) que establece la facultad del Instituto del Seguro Social para determinar el monto de las aportaciones obrero-patronales que deben cubrirse para atender los servicios que presta, es de estimarse que el propio Instituto actúa como organismo fiscal autónomo y que, por tanto, tiene el carácter de autoridad, para los efectos del amparo que contra él se interponga".

³³Sobre la situación de la empresa pública en el ordenamiento mexicano pueden consultarse, entre otros, los siguientes trabajos, Nava Negrete, Alfonso, "Empresa pública y sociedad anónima de Estado", *Revista de la Facultad de Derecho de México*, núm. 57, enero-marzo de 1965, pp. 161 y ss.; Domínguez Vargas, Sergio, "El Estado empresario", en el volumen colectivo *Curso de invierno, 1961. Facultad de Derecho*, México, 1961, pp. 79 y ss.; y más recientemente Carrillo Castro, Alejandro, "La regulación jurídico-administrativa de la empresa pública en México"; García Ramírez, Sergio, "Panorama sobre la empresa pública en México"; Madrid Hurtado, Miguel de la, "Algunas cuestiones sobre la regulación de la empresa pública en México", los tres en el *Anuario Jurídico, VII-1981*, que contiene los trabajos presentados en el Seminario Internacional sobre la Regulación de la Empresa Pública, celebrado en noviembre de 1979, México, 1981, pp. 75-95; 259-267, y 417-428, respectivamente.

niveles: empresas del Estado, de participación mayoritaria y de participación minoritaria,³³ y dentro de las primeras, algunas pueden asumir la forma (aun cuando no la estructura) de organismos públicos descentralizados, o bien en su mayor parte la de empresas mercantiles, pero su capital social corresponde enteramente a la administración.³⁴

31. Sólo las empresas del Estado, sean o no mercantiles en su forma, y las de participación mayoritaria forman parte de la administración pública paraestatal en los términos del artículo 46 de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, promulgada el 24 de diciembre de 1976.³⁵ Por otra parte, en el ordenamiento mexicano las empresas públicas también pueden ser creadas por las entidades federativas y aun por los municipios, y en tales condiciones forman parte de la administración paraestatal de carácter local.³⁶

³⁴Cfr. Witker V., Jorge A., *La empresa pública en México y España*, Madrid, 1982.

³⁵De acuerdo con el citado precepto: "Dentro de la administración pública paraestatal se consideran empresas de participación estatal mayoritaria, incluidas las instituciones nacionales de crédito y organizaciones auxiliares y las instituciones nacionales de seguros y de fianzas, aquellas que satisfagan alguno de los siguientes requisitos: a) Que el Gobierno Federal, el Gobierno del Distrito Federal, uno o más organismo descentralizados, otras empresas de participación estatal, una o más instituciones nacionales de crédito u organizaciones auxiliares nacionales de seguros o de fianzas, o uno o más fideicomisos a que se refiere la fracción II del artículo 3o. de esta ley (fideicomisos pertenecientes a la llamada administración pública paraestatal) considerados conjunta o separadamente, aporten o sean propietarios del 50% o más del capital social; b) Que en la constitución de su capital se hagan figurar acciones de serie especial que sólo pueden ser suscritas por el Gobierno Federal; o c) Que al Gobierno Federal corresponda la facultad de nombrar a la mayoría de los miembros del consejo de administración, junta directiva u órgano de gobierno, designar al presidente, al director, al gerente, o cuando tenga facultades para vetar los acuerdos de la asamblea general de accionistas, del consejo de administración o de la junta directiva u órgano de gobierno equivalente". Por lo que se refiere a las instituciones bancarias nacionalizadas en diciembre de 1982, su situación todavía no se ha precisado, puesto que por un lado su personal fue incorporado al régimen del Apartado B del artículo 123 de la Constitución Federal, por lo que en principio se consideran como organismos descentralizados y no empresas, como en el decreto respectivo expedido en septiembre de 1982 se estableció su futura conversión en dichos organismos, pero en la reforma constitucional de diciembre de 1982 se habla de la prestación del servicio de banca y crédito exclusivamente por parte del Estado, a través de *instituciones*, en los términos que lo establezca la ley reglamentaria. Cfr. Ruiz Massieu, José Francisco, "Las formas jurídicas de la empresa pública en México", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, año XII, núm. 34, enero-abril de 1979, pp. 89-104.

³⁶Contrariamente a lo que ocurre con las empresas públicas federales, no existen estudios sobre las empresas públicas y los organismos descentralizados de las entidades federativas, no obstante que en algunas de ellas ya forman un sector de gran trascendencia.

32. Aun cuando en el ordenamiento mexicano no existe una delimitación precisa entre los organismos públicos descentralizados y las empresas estatales o de participación estatal, como se desprende de las disposiciones legales respectivas, los presupuestos de ingresos y egresos, así como la enumeración anual que realiza el Gobierno Federal,³⁷ en los que todos estos organismos son agrupados bajo el nombre genérico de sector paraestatal,³⁸ debe intentarse una delimitación entre los dos sectores, tomando en consideración que en tanto los organismos públicos descentralizados tienen el carácter de autoridad, las empresas, aun cuando el titular de su patrimonio sea el Estado, no pueden considerarse como tales, pues se trata de entidades que organizan factores de la producción (capital y trabajo) para la intermediación de bienes y servicios.³⁹

33. Lo anterior es importante, pues en nuestro concepto, y no obstante que la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal ya mencionada utiliza el término de *administración pública paraestatal* para referirse a todas estas entidades, incluyendo los fideicomisos de carácter público, en realidad las empresas, ya sean del Estado en su totalidad o de participación mayoritaria del mismo, no forman parte de la administración federal, o al menos no pueden considerarse como autoridades administrativas —y, en su esfera, tampoco de las administraciones locales—, sino que exclusivamente están bajo el control y vigilancia de la propia administración, agrupadas por sectores a fin

³⁷Cfr. el excelente estudio de Ruiz Massieu, José Francisco, "Las reformas recientes al derecho administrativo mexicano (septiembre-diciembre de 1979)", *Gaceta Informativa de Legislación y Jurisprudencia*, México, núm. 30, mayo-agosto de 1980, pp. 437-467.

³⁸De la enumeración que hace anualmente el Gobierno Federal de los organismos, empresas y fideicomisos integrados en el sector paraestatal, no se hace una delimitación precisa entre estas instituciones.

³⁹Como lo afirman certeramente los tratadistas españoles García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás Ramón, *Curso de derecho administrativo*, cit., *supra* nota 3, tomo I, p. 349: "...debido a las intervenciones industriales de la administración, se pone de relieve que presenta para la misma administración la adopción de una veste mercantil para la gestión de actividades industriales y comerciales, especialmente porque liberta a dicha gestión de todas las limitaciones del derecho público y porque supone acogerse a unas técnicas (contables, de administración, de relación personal, de actuación en el mercado) que han hecho sobradamente sus pruebas de eficacia en el seno de la economía capitalista".

⁴⁰Cfr. Barquín Álvarez, Manuel, "El control del Ejecutivo y la administración pública federal sobre el sector paraestatal", *Anuario Jurídico*, VIII-1979, cit., *supra* nota 34, pp. 65-73. El artículo 50 de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, adicionado en diciembre de 1982,

de que sus relaciones con el Ejecutivo Federal se realicen a través de la Secretaría de Estado o Departamento Administrativo que determina el Acuerdo del titular del propio Ejecutivo expedido el 13 de enero de 1977.⁴⁰

34. Lo anterior es importante porque la situación para el gobernado es diversa, en nuestra opinión personal, cuando su esfera jurídica resulta afectada por un organismo público descentralizado o por una empresa del Estado. En el primer supuesto se encuentra frente a un acto de autoridad; en la segunda hipótesis, ante la actividad empresarial, que carece de carácter de imperio propio del poder público. Y ello es así no sólo de manera formal, sino que obedece a la diversa estructura y finalidad de ambos sectores: en tanto que el organismo público descentralizado está regido por las normas administrativas en su estructura y funcionamiento, puesto que su patrimonio está regulado por un *presupuesto* (que es una institución claramente administrativa), sus atribuciones las ejerce por delegación directa de la administración central, y su personal está regido por las normas del derecho burocrático, con apoyo en el Apartado B del artículo 123 constitucional, en su calidad de servidores públicos, si bien en nuestro sistema jurídico existe imprecisión en esta última materia que por su complejidad no abordaremos en esta oportunidad.⁴¹

reafirma esta agrupación sectorial de acuerdo con la siguiente disposición: "El Presidente de la República estará facultado para determinar agrupamientos de entidades de la administración pública paraestatal, por sectores definidos, a efecto de que sus relaciones con el Ejecutivo Federal, en cumplimiento de las disposiciones legales aplicables, se realicen a través de la Secretaría de Estado o Departamento Administrativo que en cada caso designe como coordinador del sector correspondiente. Las Secretarías de Estado o Departamentos Administrativos organizarán a las entidades paraestatales bajo su coordinación, *agrupándolas en subsectores* cuando convenga, atendiendo a la naturaleza de sus actividades".

⁴¹El derecho burocrático ha sido analizado en forma muy limitada tanto por los cultivadores del derecho administrativo como por los dedicados al derecho laboral, pudiendo citar al respecto los trabajos de Fraga, Gabino, *Derecho administrativo*, 15a. ed., México, 1973, pp. 137-156; Serra Rojas, Andrés, *Derecho administrativo*, cit., *supra* nota 28, tomo I, pp. 373-475; Trueba Urbina, Alberto, *Nuevo derecho procesal del trabajo*, 4a. ed., México, 1978, pp. 583-610. El único estudio monográfico fue elaborado por el tratadista panameño doctorado en México, Ricord, Humberto E., "El derecho burocrático mexicano, materias que lo integran", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, año V, núms. 13-14, enero-agosto de 1972, pp. 89-124.

35. Por el contrario, en las empresas descubrimos claramente la coordinación de los factores de la producción para fines de intermediación, en la mayor parte de las veces de carácter mercantil, para la producción de bienes y servicios, y su patrimonio asume la forma de capital (aun cuando no tenga la estructura de una sociedad mercantil), en tanto que sus trabajadores prestan sus servicios por contrato de trabajo, en los términos del Apartado A del artículo 123 de la Constitución Federal.⁴² Lo anterior no significa que las empresas públicas no puedan afectar con igual o mayor fuerza la esfera jurídica de los particulares, que los actos de autoridad pública ya sea centralizada o descentralizada (véase *supra* párrafos 8 a 12).

36. En consecuencia, no examinaremos la tutela de los derechos de los gobernados en relación con la actividad de las empresas públicas, porque esta materia queda comprendida dentro del tema relativo a la protección del interés de los consumidores que se discute en este Congreso (véase *supra* párrafo 2), en virtud de que las empresas públicas realizan, en la mayor parte de los casos, actividades de producción, distribución o comercialización de bienes o prestación de servicios a los propios consumidores, en los términos del artículo 2o. de la Ley Federal de Protección al Consumidor que, como es bien sabido, entró en vigor el 5 de febrero de 1976.⁴³

37. Por lo que se refiere a los fideicomisos públicos o de Estado,⁴⁴ la situación es compleja puesto que no pueden considerarse organismos dotados de personalidad propia, en virtud de que sus principales dere-

⁴²En efecto, las grandes empresas públicas de la Federación se encuentran regidas por los preceptos de la Ley Federal del Trabajo, y sus condiciones laborales regidas por contratos colectivos, como ocurre ostensiblemente con Petróleos Mexicanos, Ferrocarriles Nacionales de México, la Comisión Federal de Electricidad, la Compañía Nacional de Subsistencias Populares, Aeroméxico y recientemente también Mexicana de Aviación (que anteriormente era privada), etcétera.

⁴³Cfr. Barrera Graf, Jorge, "La ley de protección al consumidor", y Codinach, María de Lourdes, "Protección al consumidor", ambos en la revista *Jurídica*, México, núms. 8 y 10, julio de 1976 y julio de 1978, pp. 194-202, y tomo I, pp. 321-349, respectivamente; y Ovalle Favela, José, "Algunos problemas procesales de la protección al consumidor en México", *Anuario Jurídico V-1978*, México, 1979, pp. 35-54, y reproducido posteriormente en su libro *Estudios de derecho procesal*, México, 1981, pp. 253-270.

⁴⁴Cfr. Acosta Romero, Miguel, "El fideicomiso público, gubernamental o de Estado", en el volumen colectivo *Las instituciones fiduciarias y el fideicomiso en México*, México, 1982, pp. 455-475; Serra Rojas, Andrés, *Derecho administrativo*, cit., *supra* nota 28, tomo I, pp. 689-699.

chos y obligaciones son realizados por la fiduciaria, que en el sistema mexicano es forzosamente una institución bancaria (artículo 350 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito), aun cuando el fideicomitente sea un órgano de la administración pública centralizada o descentralizada, tanto de la Federación, como del Distrito Federal, de los estados y de los municipios.⁴⁵

38. Por lo que se refiere a los fideicomisos constituidos por el Gobierno Federal, de acuerdo con el Decreto que contiene las bases para la constitución, incremento, modificación, organización, funcionamiento y extinción de los fideicomisos establecidos o que establezca el propio Gobierno Federal, promulgado el 10 de enero de 1979, corresponde a partir de entonces a la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, de acuerdo con la autorización que otorgue el Gobierno Federal por conducto de la Secretaría de Programación y Presupuesto, la constitución y contratación de los citados fideicomisos.⁴⁶

39. Como las instituciones de crédito fiduciarias, incluyendo las de carácter nacional (y que por ello forman parte del sector paraestatal, según el mencionado artículo 46 de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal),⁴⁷ asumían el carácter de sociedades mercantiles, particularmente de sociedades anónimas, incluyendo al Banco de México, los actos de dichas instituciones de crédito fiduciarias carecían del carácter de autoridad pública, puesto que debían considerarse como empresas privadas, y en esa situación se planteaban problemas de carácter procesal en cuanto a la afectación de los derechos del fideicomitente, si éste era particular, tratándose del remate y venta de

⁴⁵ Como lo afirma certeramente Acosta Romero, Miguel, *op. ult. cit.*, p. 463, tanto los gobiernos de las entidades federativas como algunos municipios importantes, imitaron la práctica del Gobierno Federal y comenzaron a utilizar la figura del fideicomiso público.

⁴⁶ Cfr. Acosta Romero, Miguel, *op. ult. cit.*, pp. 467-475.

⁴⁷ En efecto, el citado artículo 49 dispone: "Los fideicomisos a que se refiere esta ley serán los que se establezcan por la Secretaría de Hacienda y Crédito Público como fideicomitente único de la administración pública centralizada, así como los que se creen con recursos de las entidades a que alude el artículo 3o. de este propio ordenamiento (el Poder Ejecutivo de la Unión con el auxilio de organismos descentralizados y empresas de participación estatal). El fideicomitente deberá recabar la autorización previa de la Secretaría de Estado o Departamento Administrativo encargado de la coordinación del sector correspondiente, para la integración de los comités técnicos. En todos los casos un representante del fideicomitente, cuando menos, formará parte del comité técnico".

⁴⁸ Cfr., Fix-Zamudio, Héctor, "Algunos problemas relacionados con el fideicomiso mexicano", *Revista de Derecho Procesal*, Madrid, julio-septiembre de 1966, pp. 41-81.

los bienes otorgados en el fideicomiso de garantía, especialmente por lo que se refiere al derecho de audiencia establecido por el artículo 14 de la Constitución Federal.⁴⁸

40. A partir del Decreto del 1 de septiembre de 1982, que nacionalizó la banca privada, y particularmente según el diverso Decreto del 6 del mismo mes, por el cual se ordena la transformación de dichas instituciones, incluyendo las nacionales de crédito (también el Banco de México), en *organismos públicos descentralizados*, y su personal incluido dentro de los lineamientos del Apartado B del artículo 123,⁴⁹ tenemos la convicción de que la situación se ha modificado, y que, una vez realizada dicha transformación, los actos realizados por las instituciones de crédito fiduciarias, tratándose en especial de los fideicomisos públicos (pero también los privados) *deben considerarse como actos de autoridad*, y por lo tanto la afectación de los derechos de los particulares deben estimarse realizados por autoridades públicas, para el efecto de los instrumentos de su protección jurídica y procesal.⁵⁰

IV. LA TUTELA JURÍDICA Y PROCESAL DE LOS GOBERNADOS FRENTE A LOS ORGANISMOS PÚBLICOS DESCENTRALIZADOS

41. Hemos concluido en el inciso anterior que los organismos públicos descentralizados forman parte de la administración pública y que sus actos deben considerarse como provenientes de una autoridad, por lo que los instrumentos de protección de los gobernados respecto a la afectación de su esfera jurídica por parte de dichos organismos

⁴⁹De acuerdo con el artículo 3o. del Decreto del 6 de septiembre de 1982: "El Comité Técnico Consultivo a que se refiere la parte de consideraciones de este Decreto propondrá en su oportunidad las normas conducentes a regir las *relaciones laborales de los trabajadores* de las Instituciones Nacionales de Crédito que se enumeran en el artículo 1o. de este ordenamiento, conforme a las *disposiciones del Apartado B del artículo 123 constitucional*, permaneciendo entretanto reguladas por el Reglamento de Trabajo de los Empleados Bancarios de las Instituciones de Crédito y organizaciones auxiliares, sin menoscabo de los derechos y prestaciones de que actualmente disfrutan".

⁵⁰Por otra parte, debe tomarse en cuenta que la Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito, promulgada el 30 de diciembre de 1982, considera a las instituciones bancarias nacionalizadas como "*sociedades nacionales de crédito*" y de acuerdo con el artículo 7o. de dicho ordenamiento: "*Las sociedades nacionales de crédito son instituciones de derecho público creadas por Decreto del Ejecutivo Federal conforme a las bases de la presente Ley y tendrán personalidad jurídica y patrimonio propios...*"

deben ser los mismos, con algunas modalidades, que los establecidos para combatir los actos y resoluciones de la administración pública centralizada.

42. Resulta evidente que el proceso administrativo, es decir aquel que se hace valer ante tribunales especializados, constituye la culminación de la protección de los gobernados respecto de los actos de la administración pública, ya sea centralizada o descentralizada pues ambas son órganos de autoridad, pero en virtud del crecimiento desorbitado de los conflictos entre la administración y los gobernados, consecuencia necesaria del desarrollo acelerado de la administración pública contemporánea, se han introducido varios instrumentos jurídicos para auxiliar a la jurisdicción administrativa y evitar que la exagerada acumulación de controversias la agobie de tal manera que la haga ineficaz.⁵¹

43. En una forma muy sintética trataremos de proporcionar una visión panorámica y forzosamente superficial de algunos de los medios jurídicos más importantes que se han introducido o perfeccionado en los últimos años para auxiliar a la jurisdicción administrativa en su labor de resolución de las controversias entre la administración y los gobernados, y que se traducen en una tutela más adecuada de los particulares en un sector en el cual ha resultado muy difícil una protección rápida y eficaz.⁵²

44. En esta dirección se puede destacar la importancia que adquiere la regulación precisa del procedimiento administrativo, a través de ordenamientos que determinen los aspectos esenciales de la actividad administrativa y establezcan la posibilidad de la participación de los administrados en la creación de los actos y resoluciones administrati-

⁵¹ Coincidimos con el profesor González Pérez, Jesús, en su excelente estudio "La justicia administrativa", en la obra colectiva *La España de los años 70*, vol. III, *El Estado y la política*, Madrid, 1974, p. 169, en cuanto sostiene que el proceso administrativo es el grado más elevado de la protección jurídica del administrado en el mundo contemporáneo, aun cuando el mismo autor señala en un momento de desesperanza y de escepticismo: "No se puede someter la administración a la justicia. Justicia y administración son términos que se oponen, que se repelen", pero esto sucede cuando toda la carga de la solución de conflictos administrativos tiene que ser resuelta por los tribunales respectivos y no existe el auxilio de otros instrumentos auxiliares o complementarios.

⁵² Cfr. Fix-Zamudio, Héctor, "Introducción a la justicia administrativa", cit., *supra* nota 13, pp. 55-63.

vas que los afecten, así como el establecimiento de medios de defensa y medidas precautorias dentro del mismo procedimiento administrativo, para evitar perjuicios irreparables o de difícil reparación, y en el cual debe incluirse la actividad realizada por los organismos descentralizados. En vía de ejemplo podemos señalar como modelos a la Ley española de Procedimiento Administrativo del 1 de noviembre de 1958,⁵³ y la Ley Federal de Procedimiento Administrativo de la República Federal de Alemania, que entró en vigor el 1 de enero de 1977.⁵⁴

45. Es preciso señalar que la participación de los administrados en el procedimiento en el cual se expiden los actos o resoluciones que los afectan, es necesaria en un sector importante de la esfera de la administración centralizada, pero todavía de mayor conveniencia en algunos organismos descentralizados, especialmente en los que realizan funciones de seguridad social. Esta situación la observamos en el ordenamiento mexicano si tomamos en consideración que los órganos supremos de decisión, es decir la Asamblea General de los institutos Mexicano del Seguro Social (artículo 247) y del Fondo de la Vivienda para los Trabajadores (artículo 7o.) está integrada, además de representantes del Ejecutivo Federal, también por representantes de los sectores sociales interesados, es decir, de los empresarios y de los trabajadores.⁵⁵

46. Otro instrumento esencial para la tutela de los derechos e intereses legítimos de los administrados, radica en el establecimiento o vigorización de los diversos medios a través de los cuales se puede

⁵³Cfr. el examen minucioso de González Pérez, Jesús, *Comentarios a la Ley de Procedimiento Administrativo*, Madrid, 1977.

⁵⁴Cfr. Mayer, Franz, "La ley sobre procedimiento administrativo en la República Federal de Alemania" (trad. de Fausto Rodríguez García), *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, año XI, núm. 33, septiembre-diciembre de 1978, pp. 399-405; Obermayer, Klaus, "La legge sul procedimento amministrativo nella Repubblica Federale Tedesca" (trad. de Beatrice Magnus), *Amministrare*, Milán, julio-septiembre de 1978, pp. 197-207.

⁵⁵En relación con el Instituto Mexicano del Seguro Social, cfr. Serra Rojas, Andrés, *Derecho administrativo*, cit., *supra* nota 28, tomo I, pp. 630-642.

⁵⁶Dicho precepto dispone: "El Estado tiene obligación de responder de los daños causados por sus funcionarios en el ejercicio de las funciones que les están encomendadas. *Esta responsabilidad es subsidiaria*, y sólo podrá hacerse efectiva contra el Estado cuando el funcionario directamente responsable no tenga bienes o los que tenga no sean suficientes para responder del daño causado".

⁵⁷De acuerdo con el citado artículo 10: "Todo crédito, cualquiera que sea su origen, con las únicas excepciones a que se refiere el artículo 2o. (cuyo pago no puede exigirse), para el que

exigir la *responsabilidad económica de la administración*, que en nuestro país prácticamente no existe, si se toman en cuenta las disposiciones totalmente superadas de los artículos 1928 del Código Civil para el Distrito Federal,⁵⁶ y 10 de la Ley de Depuración de Créditos a cargo del Gobierno Federal de 1941.⁵⁷

47. El destacado administrativista argentino Roberto Dromi ha puesto de relieve, en un trabajo reciente, que la responsabilidad del Estado, y especialmente la de la administración, constituye el presupuesto indispensable de la protección de los derechos subjetivos públicos de los administrados, pues como lo afirma certeramente dicho tratadista, la responsabilidad del Estado tiene lugar toda vez que una persona sufra un daño —material o moral— causado directamente por agentes estatales, y que a medida que la intervención del Estado se amplía y la administración se desarrolla, la teoría de la responsabilidad tiene que aumentar su aspecto asegurador, para mantener un razonable equilibrio de poderes reales entre Estado y administrados.⁵⁸

48. También es preciso señalar la extraordinaria expansión de la institución surgida en los países escandinavos conocida con la denominación de *Ombudsman*, y que puede describirse en términos muy amplios como el organismo autónomo designado por el organismo legislativo (en el modelo original), o por el ejecutivo (especialmente en los países de régimen presidencial, o mixto, como el francés), que posee la función de vigilar la actividad administrativa, recibir las reclamaciones de los administrados, investigarlas, proponer soluciones

en el futuro no exista asignación presupuestal, en el año de su constitución ni en el inmediatamente posterior, deberá reclamarse ante el Tribunal Fiscal de la Federación en el mes de enero siguiente. De lo contrario prescribirá. Cuando la reclamación se funde en actos u omisiones de los que conforme a derecho *dan origen a la responsabilidad civil del Estado, no será preciso demandar previamente al funcionario o funcionarios responsables, siempre que tales actos y omisiones impliquen una culpa en el funcionamiento de los servicios públicos*”. Cfr. Carrillo Flores, Antonio, “Responsabilidad extracontractual del Estado mexicano”, en la obra colectiva *Tribunal Fiscal de la Federación. Cuarenta y cinco años al servicio de México*, tomo V, *Memorias del Primer Congreso Internacional de Justicia Fiscal y Administrativa*, México, 1982, pp. 19-37; Serra Rojas, Andrés, *Derecho administrativo*, cit., *supra* nota 28, tomo II, pp. 553-571.

⁵⁸Cfr. Dromi, Roberto, *Derecho subjetivo y responsabilidad pública*, Bogotá, 1980, pp. 14-16.

⁵⁹Las características generales de la institución pueden encontrarse en las obras de Rowat, Donald (editor), *El Ombudsman. El defensor del ciudadano* (trad. de Eduardo L. Suárez), México, 1973, pp. 15-39; Gil Robles y Gil Delgado, Álvaro, *El control parlamentario de la administración (El Ombudsman)*, 2a. ed., Madrid, 1981, pp. 13-82.

a las autoridades que hubiesen afectado los derechos e intereses legítimos de los propios administrados, formular informes periódicos, generalmente de carácter anual, sobre las cuestiones investigadas, y sugerir reformas a los reglamentos y leyes administrativas para una mejor prestación de los servicios públicos.⁵⁹

49. Esta institución ha sido considerada de carácter universal⁶⁰ debido a su establecimiento en un número creciente de ordenamientos pertenecientes a diversas familias jurídicas, como son las del sistema continental europeo y las de carácter angloamericano o *common law*,⁶¹ y tomando en cuenta, además, que una función similar se realiza en los países socialistas por la llamada Procuratura.⁶² Su éxito deriva de que satisface un requerimiento urgente de la vida contemporánea, como es el de solucionar con rapidez y eficacia las reclamaciones cotidianas de los gobernados, las que sólo se plantean ante los tribunales ordinarios o administrativos cuando no pueden ser satisfechas a través de este procedimiento breve y rápido, que además tiene la ventaja de contribuir al mejoramiento general de la actividad administrativa, puesto que el organismo respectivo tiene la posibilidad de conocer los aspectos de la propia actividad en los cuales existen problemas, errores o defectos y sugerir su mejoramiento.⁶³

50. También de manera ilustrativa señalamos un instrumento que ha surgido recientemente en varios ordenamientos de países altamente industrializados, para tutelar los derechos de los gobernados frente a la posible afectación derivada del empleo de la *informática* por parte

⁶⁰Cfr. Legrand, André, "Une institution universelle: l'Ombudsman?", *Revue Internationale de Droit Comparé*, París, 1973, pp. 851-856.

⁶¹Cfr. Fix-Zamudio, Héctor, "Reflexiones comparativas sobre el Ombudsman", *Memoria de El Colegio Nacional*, México, 1980, pp. 112-145; *idem*, *La protección procesal de los derechos humanos ante las jurisdicciones nacionales*, Madrid, 1982, pp. 281-344.

⁶²El paralelismo en algunas funciones del *Ombudsman* y de la *Procuratura* han sido señalados por varios autores entre los cuales podemos destacar a Puget, Henry, "Le contrôle de l'administration, les systèmes classiques l'Ombudsman et la Procuratura", *Revue Internationale de Droit Comparé*, París, 1965, pp. 5 y ss.; Hazard, John N., *Socialisme et humanisme*, París, 1965, pp. 23-34, y Boim, León, "Ombudsmanship in the Soviet Union", *The American Journal of Comparative Law*, verano de 1974, pp. 510-540.

⁶³Cfr. un estudio panorámico sobre esta institución elaborado por el mencionado tratadista español Gil Robles y Gil Delgado, Álvaro, *El control parlamentario de la administración*, cit., *supra* nota 59. En inglés puede consultarse el excelente estudio comparativo de Stacey, Frank, *Ombudsmen Compared*, Oxford, 1978.

de las autoridades administrativas, en virtud de que si bien es cierto que la tecnología moderna sobre los medios de información ha logrado notables avances en el campo de la propia informática, especialmente por conducto de las computadoras, a tal grado que por un lado ha hecho posible que el hombre llegue a la luna y pueda conocer imágenes de los planetas más lejanos de nuestro sistema solar, por otra parte puede constituir un instrumento de invasión de la cada vez más limitada esfera de libertad de los gobernados, lo que ha hecho necesaria la creación de organismos técnicos que pueden obtener un equilibrio entre la necesidad de información de la administración moderna y los derechos e intereses legítimos de los administrados.

51. Para no citar sino algunos ejemplos, nos limitaremos a dos legislaciones recientes: la Ley Federal Alemana para la Protección de la Información (*Das Bundesdatenschutzgesetz*), publicada el 27 de enero de 1977, pero que ha entrado paulatinamente en vigor,⁶⁴ así como la ley francesa del 6 de enero de 1978, relativa a la informática, los ficheros y las libertades.⁶⁵ En ambos casos, dichos ordenamientos no se limitaron a señalar lineamientos para lograr un equilibrio entre los requerimientos de información de las autoridades y los derechos y libertades de los gobernados, sino que introdujeron organismos encargados de vigilar el cumplimiento de las disposiciones legales respectivas.

52. Así, la ley federal alemana, tomando en consideración el precedente de una de las entidades federativas (Hesse), estableció un Comisionado para la Protección de la Información (*Bundesbeauftragten für den Datenschutz*),⁶⁶ y en Francia se creó una Comisión Nacional de la Informática y las Libertades, para tutelar a los administrados contra las

⁶⁴ Cfr. Wilfried y Reinhard Otto, en los trabajos con el mismo título "La Legge Federale sulla Protezione dei Dati (Das Bundesdatenschutzgesetz)", ambos en la revista *Amministrazione*, Milán, octubre-diciembre de 1978, y julio-diciembre de 1979, pp. 396-409 y 180-191, respectivamente.

⁶⁵ Cfr. Lions, Monique, "La ley francesa núm. 78-17, del 6 de enero de 1978, relativa a la informática, los ficheros y las libertades", *Gaceta Informativa de Legislación y Jurisprudencia*, México, núm. 27, mayo-agosto de 1979, pp. 431-438; *idem*, "Notas sobre la legislación francesa relativa al derecho de información de los administrados: las leyes del 17 de julio de 1978 y del 11 de julio de 1979", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, año XV, núm. 44, mayo-agosto de 1982, pp. 649-658. Lemasurier, Jeanne, "Vers une démocratie administrative: du refus d'informer au droit d'être informé", *Revue de Droit Public et de la Science Politique en France et à l'Étranger*, París, septiembre-diciembre de 1980, pp. 1239-1269.

⁶⁶ Cfr. Kimminicch, Otto, "La Legge Federale", cit., *supra* nota 64, pp. 190-191.

⁶⁷ Cfr. Lions, Monique, "Notas sobre la legislación francesa...", cit., *supra* nota 65, pp. 649-658.

amenazas de la irremediable informatización, respecto a “la intimidad de la vida privada y familiar, los derechos de la conciencia, la libre empresa, los derechos de los trabajadores, la libertad de circulación, reunión, asociación y prensa”.⁶⁷

V. EL JUICIO DE AMPARO LATINOAMERICANO COMO UNO DE LOS INSTRUMENTOS TUTELARES

53. Si bien el derecho de amparo ha tenido y tiene la función esencial de la protección de los derechos humanos consagrados constitucionalmente —con excepción de la libertad personal que en la mayor parte de los ordenamientos latinoamericanos es tutelada a través del tradicional hábeas corpus— (frente a las autoridades públicas); sin embargo, por necesidades prácticas se ha extendido frente a los actos de otros grupos sociales, y por mayoría de razón respecto de los organismos públicos descentralizados.⁶⁸

54. La *acción de amparo argentina* en el ámbito nacional fue admitida por los fallos de los tribunales federales como un instrumento no sólo contra los actos de las autoridades públicas en sentido estricto, sino también contra los actos de los “particulares” violatorios de los derechos humanos, entendiéndose por éstos en realidad a los grupos de presión, y por supuesto a los organismos descentralizados,⁶⁹ todo ello a partir del caso “Samuel Kot”, que como señalamos anteriormente (véase *supra* párrafo 11) fue resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación el 5 de septiembre de 1958, en el cual dicho alto tribunal estimó que los derechos de la persona humana consagrados expresa o implícitamente por la Constitución nacional, deberían ser respetados no sólo por las autoridades, sino también por los particulares, desarrollándose con posterioridad una serie de principios derivados del criterio expresado por los jueces federales argentinos que permi-

⁶⁸Cfr. Fix-Zamudio, Héctor, “El juicio de amparo en Latinoamérica”, cit., *supra* nota 8, pp. 108-109.

⁶⁹Cfr. Linares Quintana, Segundo V., “La doctrina de la Corte Suprema”, cit., *supra* nota 10, pp. 1-4.

⁷⁰Además de los trabajos mencionados en la nota 10 de este trabajo cfr. el estudio de Olcese, Ricardo M., “Procedencia del amparo contra actos de particulares”, *Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, 22 de septiembre de 1970, pp. 10 y ss.

tió a los afectados ocurrir al juicio de amparo para la defensa de sus derechos infringidos por grupos sociales, tales como los sindicatos de trabajadores —que fue precisamente la situación a que se refirió el citado caso Kot—, asociaciones profesionales, instituciones de enseñanza, organizaciones deportivas, etcétera.⁷⁰

55. Con motivo de la expedición de la Ley Nacional de Amparo, del 18 de enero de 1966, se restringió en el ámbito federal argentino la extensión protectora del amparo, limitándola a los actos de autoridades públicas, pero debido a que se encontraba arraigado el principio de que los derechos humanos deben tutelarse contra cualquier tipo de violación, la doctrina ha considerado que debe entenderse el concepto de autoridad en sentido amplio, es decir, incluyendo organismos públicos descentralizados, así como personas o asociaciones particulares en ejercicio de ciertas funciones públicas, como ocurre con diversas entidades profesionales o gremiales que poseen facultades para admitir y cancelar matrículas para el ejercicio de ciertas profesiones, y la regulación de los aranceles mínimos para dichas actividades, como expresamente lo han establecido algunas leyes provinciales de amparo.⁷¹

56. Los principios esenciales establecidos por los tribunales federales argentinos con anterioridad a la Ley Nacional de 1966, influyeron, al menos en teoría, en el establecimiento del “recurso de amparo” en los ordenamientos constitucionales de Bolivia y Paraguay, y por ello las constituciones de estos países, artículos 19 y 77, respectivamente, establecieron la procedencia del propio juicio de amparo contra actos de los grupos de presión, calificándolos también de “particulares”, cuando violasen los derechos humanos de los gobernados, y que por mayoría de razón comprenden la tutela respecto de la actividad de los organismos públicos descentralizados.

57. El artículo 12 de la Ley de Procedimientos Constitucionales de El Salvador, del 14 de enero de 1960, que no acepta la posibilidad de interponer el derecho de amparo contra actos de particulares, sin

⁷⁰Cfr. Sagüés, Néstor Pedro, *Ley de Amparo. Comentada, anotada y concordada con las normas provinciales*, Buenos Aires, 1979, pp. 59-89, especialmente pp. 81-84.

⁷²De acuerdo con este precepto, “la acción de amparo procede ante la Corte Suprema de Justicia por violación de los derechos humanos que otorga la Constitución Política, contra toda clase de acciones u omisiones de cualquier autoridad, funcionario del Estado o de sus organismos descentralizados, que violen los citados derechos u obstaculicen su ejercicio”. Cfr. Bertrand Galindo, Francisco, “La protección procesal de las garantías individuales en América Latina”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal*, Madrid, 1967, pp. 396-398.

embargo lo admite respecto de las violaciones realizadas en los derechos de los gobernados por parte no sólo de las autoridades públicas entendidas en un sentido tradicional, sino también de manera expresa en cuanto a los *organismos descentralizados del Estado*.⁷²

58. Los artículos 8o. y 9o. de la Ley de Amparo Hábeas Corpus y de Constitucionalidad, de Guatemala, del 3 de mayo de 1966, disponen que el juicio de amparo procede no sólo contra actos de autoridad pública en sentido estricto, sino también respecto de gerentes, jefes o presidentes de las *entidades descentralizadas autónomas o semiautónomas del Estado*, o de los cuerpos directivos, consejos o juntas rectoras de toda clase; de los colegios (es decir, asociaciones profesionales) y cualquier otra entidad no mencionada en forma expresa.⁷³

59. También debe hacerse notar que el artículo 25 de la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos, suscrita en San José, Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969 —y que fue ratificada por nuestro país e incorporada a nuestro derecho interno en los términos del artículo 133 de la Constitución Federal, al ser aprobada por el Senado de la República en junio de 1981— dispone que el juicio de amparo procede respecto de la violación de los derechos humanos, aun en el supuesto de que las personas que hubiesen cometido dicha violación actúen en ejercicio de sus funciones oficiales (lo que comprende implícitamente a los organismos descentralizados), pero además, significa que dicho precepto recogió los principios adoptados por varios países latinoamericanos en el sentido ya mencionado, de ampliar la tutela del juicio de amparo en relación con los actos de los grupos sociales,

económicos y profesionales que menoscaben los derechos del hombre

⁷²Cfr. Aguirre Godoy, Mario, *Protección procesal de los derechos humanos*, Quetzaltenango, 1972, pp. 9-10; García Daguandá, Jorge Mario, "El hábeas corpus y el amparo en el derecho constitucional guatemalteco", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, año XI, núms. 31-32, enero-agosto de 1978, pp. 51-68, y las siguientes tesis profesionales, Larios Ochaíta, José Gabriel, *El amparo en la Constitución y en la ley*, Guatemala, 1968; Calderón, Antonio Rafael, *Fundamentación de los derechos humanos y su fundamentación en la legislación guatemalteca: amparo, hábeas corpus*, Guatemala, 1970, y Fuentes Charmaud, Gregorio, *El amparo en la legislación guatemalteca*, Guatemala, 1970.

⁷⁴Cfr. Ricard, Humberto E., *Los derechos humanos y la Organización de los Estados Americanos*, México, 1970, pp. 110-111; Gros Espiell, Héctor, "Le système interaméricain comme régime régional de protection internationale des droits de l'homme", *Recueil des Cours*, Leyden, 1975, vol. II, pp. 7-55; Trejos, Gerardo, "Órganos y procedimientos de protección de los derechos humanos en la Convención Americana (Pacto de San José de Costa Rica)", en el libro redactado conjuntamente con Hernández, Rubén, *La tutela de los derechos humanos*, San José, 1977, pp. 61-150; sobre la ratificación del gobierno de México y la aprobación del Senado Federal, puede verse el libro colectivo *Los tratados sobre derechos humanos y la legislación mexicana*, México, 1981.

consagrados constitucionalmente.⁷⁴

VI. OTROS MEDIOS DE PROTECCIÓN

60. Existen otros instrumentos que se han establecido para lograr procesalmente la protección de los derechos de los gobernados frente al sector calificado como paraestatal, y por ello podemos mencionar, como ejemplo importante al *mandado de segurança* del ordenamiento brasileño, que por sus características similares al derecho de amparo, se ha traducido al español por algunos tratadistas como “mandamiento de amparo”.⁷⁵

61. Sin pretender un examen de esta compleja institución brasileña, debemos recordar que fue introducida en el artículo 113, parágrafo 33 de la Constitución del 16 de julio de 1934, y actualmente está regulado por el parágrafo 21, del artículo 153, de la Carta Federal del 24 de enero de 1967, en su texto reformado el 27 de octubre de 1969, de la siguiente manera: “Para proteger derecho líquido y cierto y no protegido por hábeas corpus (es decir, la libertad personal), se concede *mandado de segurança*, sea cual fuere la autoridad responsable por ilegalidad o abuso de poder”. La ley reglamentaria de esta institución es la número

⁷⁵El tratadista español Fraga Iribarne, Manuel, traduce la denominación de dicha institución brasileña con el nombre de “mandamiento de amparo”, en su versión española de la Constitución Federal de 1946, en la obra de T. B. Cavalcanti, *Las Constituciones de Brasil*, Madrid, 1958, pp. 685-686, y también se refieren a este instrumento procesal brasileño con el nombre de amparo los juristas argentinos Sánchez Viamonte, Carlos, *Juicio de amparo*, Buenos Aires, 1963, y Lazzarini, José Luis, *El juicio de amparo*, Buenos Aires, 1967, pp. 43-47 y 53-64, respectivamente.

⁷⁶La bibliografía sobre el *mandado de segurança* es muy amplia por lo que citaremos sólo algunos estudios significativos y recientes, Castro Nunes, José, *Do mandado de segurança e outros meios de defesa contra atos do poder público*, 6a. ed., Rio-São Paulo, 1961; Wald, Arnold, *Do mandado de segurança na prática judiciária*, 3a. ed., Rio de Janeiro, 1968; Sidou, J. M. Othon, *Do mandado de segurança*, 3a. ed., São Paulo, 1969; *idem*, *As garantias ativas dos direitos coletivos: habeas corpus, ação popular, mandado de segurança*, Rio de Janeiro, 1977, pp. 229-415; López Mereilles, Hely, *Mandado de segurança e ação popular*, 2a. ed., São Paulo, 1969, pp. 11-49; Flaks, Milton, *Mandado de segurança. Pressupostos da impetração*, Rio de Janeiro, 1980; Agrícola Barbi, Celso, *Do mandado de segurança*, 3a. ed., 2a. reimpresión, Rio de Janeiro, 1977, y como estudio comparativo puede consultarse el libro de Fix-Zamudio, Héctor, Ríos Espinoza, Alejandro, y Alcalá-Zamora y Castillo, Niceto, *Tres estudios sobre el mandato de seguridad brasileño*, México, 1963.

1,533, del 31 de diciembre de 1951, con varias reformas posteriores.⁷⁶

62. Debe tomarse en consideración que este mandamiento de seguridad o de amparo opera fundamentalmente contra actos y resoluciones de autoridades administrativas, o de actos administrativos de las restantes autoridades, pues de acuerdo con la legislación, la doctrina y las resoluciones de los tribunales, dicha institución puede utilizarse sólo de manera excepcional contra las disposiciones legislativas o respecto de decisiones judiciales.⁷⁷

63. Pero el concepto de autoridad para efectos de interposición del mandamiento brasileño se ha extendido por el artículo 1o. de la Ley reglamentaria de 1951, de manera que dicho precepto estima también como autoridades a los administradores o representantes de las *entidades descentralizadas*, así como respecto de las *personas naturales o jurídicas con funciones delegadas del poder público*. Pero además, las resoluciones de los tribunales brasileños han llegado a admitir que el citado mandamiento de seguridad o de amparo puede utilizarse contra los actos violatorios procedentes de asociaciones profesionales, agrupaciones gremiales, es decir, sindicatos de trabajadores, e inclusive respecto de instituciones públicas de enseñanza.⁷⁸

64. Además, y como un ejemplo de la equiparación de los instrumentos protectores de los derechos fundamentales contra los actos de autoridad o de los organismos públicos descentralizados, a los medios de tutela de los propios derechos contra su violación por parte de grupos económicos, sociales o profesionales, podemos señalar la situación del ordenamiento federal argentino con posterioridad a la expedición de la Ley Nacional de Amparo de 1966 (véase *supra* párrafo 55), la que como mencionamos con anterioridad restringió el alcance de esta institución a los actos de autoridad, entendidos en un sentido amplio, por lo que en el artículo 231 del Código Procesal Civil y Co-

⁷⁷Respecto de la procedencia del mandamiento de amparo contra resoluciones judiciales de manera excepcional, cfr. Estelita, Guilherme, "Mandado de segurança contra ato jurisdiccional", en la obra colectiva *Atti del Congresso Internazionale di Diritto Processuale Civile*, Padua, 1953, pp. 2237 y ss.; Casa de Rui Barbosa, *O mandado de segurança e su jurisprudência*, Curitiba, Paraná, 1960, pp. 156 y ss.

⁷⁸Cfr. Wald, Arnold, *Do mandado de segurança*, cit., *supra* nota 76, pp. 162-166; Casa de Rui Barbosa, *O mandado de segurança*, cit., *supra* nota 77, pp. 89 y ss.; Galvão Filho, Tito, *Dicionário de jurisprudência*, p. 100.

mercial de la Nación, del 20 de septiembre de 1967, se introdujo un instrumento procesal calificado como *juicio sumarísimo*, con las mismas características del amparo, en cuanto a su sencillez, brevedad y naturaleza reparadora, en relación con los actos de “particulares”, en realidad, de acuerdo con la jurisprudencia de los tribunales federales establecida con anterioridad, respecto de grupos sociales de presión, que afecten los derechos humanos de carácter constitucional.⁷⁹

VII. EL JUICIO DE AMPARO MEXICANO Y LOS ORGANISMOS DESCENTRALIZADOS

65. Pretendemos en este inciso proporcionar una visión sintética de la situación actual que posee el derecho de amparo en cuanto a la protección de los particulares en relación con los muy contados organismos descentralizados a los cuales se les ha extendido el concepto tradicional de autoridad, que todavía conserva la jurisprudencia de los tribunales federales.

66. De acuerdo con la tesis 53, página 98, del volumen relativo a las tesis comunes al Pleno y a las Salas, del *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación* publicado en 1975, se establece el siguiente criterio: “Autoridades. Quiénes lo son. El término ‘autoridades’ para los efectos del amparo, comprende a todas aquellas personas que disponen de la fuerza pública, en virtud de circunstancias, ya legales, ya de hecho, y que por lo mismo, están en posibilidad material de obrar como individuos que ejerzan actos públicos, por el hecho de ser pública la fuerza de que dispongan”.

67. De acuerdo con lo anterior, la jurisprudencia de la Suprema

⁷⁹Dicho artículo 231 dispone: “Proceso sumarísimo. Será aplicable el procedimiento establecido por el artículo 498 (muy rápido y concentrado), cuando se reclamase contra un acto u omisión de un particular que en forma actual o inminente lesione, restrinja, o amenace con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta algún derecho o garantía explícita o implícitamente reconocido por la Constitución nacional, siempre que fuese necesaria la reparación urgente del perjuicio o de la cesación inmediata de los efectos del acto y la cuestión, por su naturaleza, no deba sustanciarse por algunos de los procedimientos establecidos por este Código u otras leyes...” Cfr. Bidart Campos, Germán J., *Régimen legal y jurisprudencial del amparo*, Buenos Aires, 1986, pp. 113-118; Sagüés, Néstor Pedro, *Ley de Amparo*, cit., *supra* nota 71, pp. 419-433.

Corte no precisa su concepto de autoridad, si bien la aplicación que se ha hecho de este criterio en virtud de la situación legal de los organismos descentralizados, nos lleva a la conclusión de que se trata de una apreciación muy tradicional de autoridad como dependencia centralizada de los órganos de poder, y como un ejemplo muy claro en este sentido podemos mencionar la evolución que ha experimentado el Instituto Mexicano del Seguro Social, uno de los organismos descentralizados más importantes de nuestro ordenamiento jurídico, y que todavía se encuentra en una situación incierta en cuanto a sus funciones de carácter público.

68. En efecto, según el texto primitivo de la Ley del Seguro Social promulgada el 31 de diciembre de 1941, la determinación de las cuotas obrero-patronales y su cobro se hacían efectivos a través de la vía judicial ordinaria, lo que trajo consigo una serie de problemas que pusieron en peligro la estabilidad económica de la institución y por este motivo, en la reforma de 1949 al artículo 135 de dicho ordenamiento, se le otorgó el carácter de “organismo fiscal autónomo”, de manera que sus determinaciones en relación con la fijación de las mencionadas cuotas tendría carácter imperativo, las que se hacían efectivas a través del procedimiento económico-coactivo realizado por las oficinas federales de Hacienda.⁸⁰

69. Con motivo de esta reforma, la Suprema Corte de Justicia estableció jurisprudencia obligatoria, tesis 291, página 492, del volumen de la Segunda Sala del *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación* publicado en 1975, en el sentido de que debido a la citada reforma del artículo 135 de la Ley del Seguro Social de 1942, el Instituto Mexicano del Seguro Social “actúa como organismo fiscal autónomo y que, por lo tanto tiene el carácter de autoridad para los efectos del amparo que contra él se interponga”.

70. Esta situación prevalece en la actualidad, si se toma en consideración que según los artículos 267 a 269 de la Ley del Seguro Social actualmente en vigor, promulgada el 26 de febrero de 1973, establecen que el pago de las cuotas, los recargos y capitales constitutivos del

⁸⁰Tesis transcrita en la nota 32 de este trabajo.

⁸¹Cfr. Serra Rojas, Andrés, *Derecho administrativo*, cit., *supra* nota 28, tomo I, pp. 638-639.

Instituto Mexicano del Seguro Social tiene el carácter de fiscal, y que el propio Instituto es un organismo fiscal autónomo, con facultades para determinar los créditos respectivos y las bases para su liquidación.⁸¹

71. Una situación similar podemos observar respecto al Instituto del Fondo Nacional de la Vivienda para los Trabajadores, en virtud de que el artículo 30 de la Ley que lo regula, promulgada el 22 de abril de 1972, dispone que las obligaciones que tienen los empresarios para efectuar las aportaciones y los descuentos a los trabajadores, así como su cobro, tienen el carácter de fiscales, y que para esos efectos dicho Instituto debe considerarse como organismo fiscal autónomo.⁸²

72. Ahora bien, los instrumentos jurídicos protectores que pueden utilizar los gobernados contra los actos y decisiones de los citados organismos públicos descentralizados son bastante complejos y culminan en el juicio de amparo, que como es sabido constituye el medio de impugnación que centraliza todos los procedimientos judiciales, administrativos y de carácter legislativo en el ordenamiento mexicano.⁸³

73. Por lo que se refiere a los actos del Instituto Mexicano del Seguro Social, los mismos pueden combatirse en un primer momento a través del llamado *recurso de inconformidad*, que tiene carácter administrativo⁸⁴ y que se hace valer ante la Oficina de Inconformidades

⁸²El citado artículo 30 dispone: "Las obligaciones de efectuar las aportaciones y enterar los descuentos a que se refiere el artículo anterior, así como su cobro, tienen el carácter de *fiscales*. El Instituto del Fondo Nacional de la Vivienda para los Trabajadores para esos efectos tiene el carácter de *organismo fiscal autónomo*, facultado para determinar en caso de incumplimiento el importe de las aportaciones patronales y las bases para su liquidación y para su cobro. El Instituto determinará el monto de las cantidades a enterar procedentes de los descuentos antes mencionados. El cobro y ejecución de los créditos no cubiertos estarán a cargo de la Oficina Federal de Hacienda que corresponda, con sujeción a las normas del Código Fiscal de la Federación".

⁸³Cfr. Fix-Zamudio, Héctor, "Breve introducción al juicio de amparo mexicano", *Memoria de El Colegio Nacional*, México, 1977, pp. 142-191.

⁸⁴El citado medio de impugnación tiene el carácter de recurso administrativo, cfr. Fix-Zamudio, Héctor, "Introducción al estudio de los recursos administrativos", en la obra colectiva *Estudios de derecho público contemporáneo. Homenaje a Gabino Fraga*, México, 1972, pp. 57-79; González Pérez, Jesús, *Los recursos administrativos*, 2a. ed., Madrid, 1969, especialmente pp. 3 y ss.; Cruz Alatorre, Arturo, "Recursos administrativos", *Revista del ITAT*, México, núm. 15, septiembre de 1961, pp. 121 y ss.

⁸⁵El citado artículo 274, establece: "Cuando los patrones y demás sujetos obligados así como los asegurados o sus beneficiarios consideren impugnabile algún acto definitivo del Instituto, acudirán en *inconformidad*, en la forma y términos que establezca el Reglamento, ante el Consejo Técnico, el que resolverá lo procedente. El propio reglamento establecerá procedimientos administrativos de aclaración y los procedimientos para hacer valer, sin perjuicio del de incon-

del Consejo Técnico del Instituto, de acuerdo con lo establecido por el artículo 274 de la Ley del Seguro Social vigente y el Reglamento del artículo 133 de la Ley anterior de 1942, que se encuentra todavía en vigor y fue promulgado el 20 de octubre de 1950.⁸⁵

74. Las controversias que se plantean a través de dicho recurso jerárquico de inconformidad son de dos categorías: en la primera se encuentran los conflictos sobre la determinación y cobro de las aportaciones que deben cubrir los empresarios, y que como hemos dicho tiene carácter fiscal (véase *supra* párrafo 69); en el segundo grupo se encuentran los litigios entre los asegurados o sus beneficiarios y el propio Instituto sobre las prestaciones de seguridad social que debe proporcionar este último (artículo 275). En el primer supuesto, es decir en el de las controversias fiscales, el recurso administrativo es obligatorio y si no se agota se considera consentido el acto o la resolución respectivos, en tanto que cuando se discuten prestaciones, el citado recurso es potestativo.

75. Si el llamado recurso de inconformidad se decide en contra de los derechos o intereses legítimos de los recurrentes, éstos pueden acudir, cuando se trata de empresarios, ante el Tribunal Fiscal de la Federación, en los términos del artículo 22, fracción I, de la Ley Orgánica de

formidad a que se refiere el párrafo anterior. Las resoluciones, acuerdos o liquidaciones del Instituto que no hubiesen sido impugnados en la forma y términos que señale el reglamento correspondiente se entenderán consentidos”.

⁸⁶Dicho precepto dispone: “Las Salas Regionales conocerán de los juicios que se inicien contra las resoluciones definitivas que se indican a continuación: I. Las dictadas por autoridades fiscales federales, las del Distrito Federal (éstas corresponden actualmente al Tribunal de lo Contencioso Administrativo del propio Distrito Federal, de acuerdo con la reforma de diciembre de 1979 a su ley orgánica), y de los *organismos fiscales autónomos*, en que se determine la existencia de una obligación fiscal, se fije en cantidad líquida o se den las bases para su liquidación...” Cfr. Heduán Virués, Dolores, *Cuarta Década del Tribunal Fiscal de la Federación*, México, 1971, pp. 81-107; Armienta Calderón, Gonzalo, *El proceso tributario en el derecho mexicano*, México, 1977, pp. 143-150; Azuela Güitrón, Mariano, “El Tribunal Fiscal de la Federación”, *Jurídica*, México, núm. 10, tomo II, julio de 1978, pp. 101 y ss.

⁸⁷De acuerdo con el referido artículo 275: “Las controversias entre los asegurados o sus beneficiarios y el Instituto sobre las prestaciones que dicha Ley otorga, podrían ventilarse ante la Junta Federal de Conciliación y Arbitraje, *sin agotar previamente el recurso de inconformidad que establece el artículo anterior*”.

dicho Tribunal, promulgada el 30 de diciembre de 1977.⁸⁶ Cuando el citado recurso interpuesto voluntariamente por los asegurados o sus beneficiarios les es desfavorable, o bien sin agotarlo previamente, éstos pueden acudir ante la Junta Federal de Conciliación y Arbitraje, según el artículo 275 de la Ley del Seguro Social.⁸⁷

76. La regulación jurídica es muy similar tratándose de las defensas jurídicas de los afectados por las resoluciones o actos del Instituto del Fondo Nacional de la Vivienda para los Trabajadores, pues el artículo 52 de la Ley de dicho Instituto establece también un *recurso de inconformidad* que se puede interponer ante la Comisión de Inconformidad y de Valuación establecida por el artículo 25 de dicho ordenamiento. Las facultades de esta Comisión y, por tanto, el procedimiento para tramitar dicho recurso están regulados por su Reglamento publicado el 29 de mayo de 1973.⁸⁸

77. De acuerdo con los artículos 53 y 54 de la Ley respectiva, es optativo en todos los casos el agotamiento de dicho recurso de inconformidad, de manera que si los afectados lo interponen y se resuelve desfavorablemente, o bien de manera directa, los propios interesados deben acudir a una instancia judicial, que es diversa según los tipos de controversias, los cuales son de tres categorías: las de carácter fiscal sobre las aportaciones que deben cubrir los empresarios; las civiles en relación con los adeudos de los trabajadores al Instituto por créditos que éste les hubiese concedido; y finalmente aquellas

⁸⁶El citado artículo 52 de la Ley dispone: "En los casos de inconformidad de las empresas, de los trabajadores o sus beneficiarios sobre la inscripción en el Instituto, derecho a créditos, cuantía de las aportaciones y de descuentos, así como sobre cualquier acto del Instituto que lesione derechos de los trabajadores inscritos, de sus beneficiarios o de los patrones, se podrá promover ante el propio Instituto un *recurso de inconformidad*. El Reglamento correspondiente, determinará la forma y términos en que se podrá interponer el *recurso de inconformidad* a que se refiere este artículo".

⁸⁹Los mencionados preceptos establecen: "Artículo 53. Las controversias entre los trabajadores o sus beneficiarios y el Instituto, sobre derechos de aquéllos se resolverán por la Junta Federal de Conciliación y Arbitraje una vez agotado, en su caso, el recurso que establece el artículo anterior. Las controversias derivadas de adeudos de los trabajadores al Instituto por créditos que éste les haya concedido, una vez agotado, en su caso, el recurso a que se refiere el artículo anterior, se tramitarán ante los tribunales competentes. *Será optativo* para los trabajadores, sus causahabientes o beneficiarios, *agotar el recurso de inconformidad o acudir directamente a la Junta Federal de Conciliación y Arbitraje o a los tribunales competentes*". "Artículo 54. Las controversias entre los patrones y el Instituto, una vez agotado, en su caso, el recurso

que se refieren a los conflictos entre los trabajadores o sus beneficiarios sobre los derechos que les otorga el citado ordenamiento. En el primer supuesto, los patronos deben acudir al Tribunal Fiscal de la Federación; en el segundo los afectados deben plantear el conflicto ante los tribunales ordinarios; y en el tercero, ante la Junta Federal de Conciliación y Arbitraje.⁸⁹

78. Finalmente, para señalar otro ejemplo, es decir, el relativo al Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado, cuya ley fue promulgada el 28 de diciembre de 1959, las defensas de los asegurados asumen algunos aspectos peculiares, en los términos del artículo 114 del citado ordenamiento, de conformidad con el cual los acuerdos de la Junta Directiva por los cuales se concedan, nieguen, modifiquen, suspendan o revoquen las jubilaciones y pensiones de los empleados públicos, serán revisados de oficio por la Secretaría de Hacienda y Crédito Público para que puedan ser ejecutados, y en relación con los restantes acuerdos de la propia Junta que afecten “intereses particulares”, se pueden combatir ante la misma dentro de los 15 días siguientes, pero si dicha Junta sostiene su resolución, los afectados podrán inconformarse ante la propia Secretaría de Hacienda, dentro de los 15 días siguientes, para que resuelva en definitiva.

79. En los dos supuestos mencionados en el párrafo anterior, contra la resolución de la Secretaría de Hacienda puede acudirse ante el Tri-

de inconformidad, se resolverán por el Tribunal Fiscal de la Federación. *Será optativo* para los patronos agotar el recurso de inconformidad o acudir directamente ante el Tribunal Fiscal de la Federación”. Cfr. los estudios citados en la nota 86 de este trabajo.

⁸⁹El artículo 114 de la Ley del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores al Servicio del Estado, establece: “Los acuerdos de la Junta Directiva por los cuales se concedan, nieguen, modifiquen, suspendan o revoquen las jubilaciones y pensiones a que esta Ley se refiere, serán revisados de oficio por la Secretaría de Hacienda y Crédito Público para que puedan ser ejecutados. Las demás resoluciones de la Junta Directiva que afecten *intereses particulares*, podrán recurrirse ante la misma dentro de los quince días siguientes. Si la Junta sostiene su resolución, los interesados podrán acudir ante la Secretaría de Hacienda dentro de los quince días siguientes, para que ella resuelva en definitiva”. A su vez, el artículo 23, fracción VI, de la Ley Orgánica del Tribunal Fiscal de la Federación establece: “Las Salas Regionales conocerán los juicios que se inicien contra las resoluciones definitivas que se indican a continuación: VI. Las que se citen en materia de pensiones civiles, sea con cargo al Erario Federal o al *Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado...*”

bunal Fiscal de la Federación, en los términos del artículo 22, fracción VI, de su Ley Orgánica, que otorga facultades a las Salas Regionales de dicho Tribunal para conocer de las resoluciones que se dicten en materia de pensiones civiles, sea con cargo al erario federal o al propio Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado.⁹⁰

80. En todos los supuestos anteriores, o sea, cuando se han planteado las controversias respectivas ante el Tribunal Fiscal de la Federación, de la Junta Federal de Conciliación y Arbitraje o de los tribunales ordinarios en materia civil, las sentencias definitivas de estos tribunales (llamados laudos en los conflictos laborales) pueden impugnarse ante la Suprema Corte de Justicia o los Tribunales Colegiados de Circuito, a través del juicio de amparo de una sola instancia, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 158 de la Ley de Amparo.⁹¹

81. Pero en relación con los restantes organismos públicos descentralizados tanto federales como locales, la situación es caótica, puesto que se trata de instituciones de la más diversa índole, de las cuales se enumeraron 71 como organismos descentralizados por servicio, y 39 como organismos públicos descentralizados de carácter federal en que participan los gobiernos estatales y municipales, de acuerdo con el estudio que hace el distinguido tratadista mexicano José Francisco Ruiz Massieu, en relación con el ámbito federal y conforme a la catalogación hecha en el *Diario Oficial* de la Federación del 11 de octubre de 1979.⁹² A la lista anterior deben agregarse las universidades autónomas,⁹³ y en un futuro próximo las instituciones bancarias nacionalizadas, según lo establecido por los decretos presidenciales del 1 y 6 de septiembre de 1982.⁹⁴

82. Sería muy complicado tratar de establecer en cada caso los instrumentos jurídicos de que disponen los gobernados para combatir los actos de estos organismos que afectan su esfera jurídica, pues al no considerarse como autoridades para efectos del amparo, no pueden

⁹¹Cfr. Burgoa, Ignacio, *El juicio de amparo*, 11a. ed., México, 1977, pp. 673-680; Noriega Cantú, Alfonso, *Lecciones de amparo*, México, 1975, pp. 214-249.

⁹²Cfr. el estudio mencionado en la nota 37 de este trabajo.

⁹³Pueden consultarse los estudios señalados en la nota 30 de este mismo trabajo.

⁹⁴Tomando en cuenta además el carácter de sociedades nacionales de crédito que les atribuye la Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito, del 30 de diciembre de 1982, mencionada en la nota 50 de este estudio.

⁹⁵Cfr. Fix-Zamudio, Héctor, "Breve introducción al juicio de amparo mexicano", cit., *supra* nota 83, pp. 152-174.

impugnarse directamente ante los tribunales federales, y al intentarse diversas defensas ante autoridades administrativas en unos casos, o en los tribunales ordinarios, en otros, y todavía en algunos supuestos ante tribunales especializados (administrativos o laborales), en todos los casos se acude en última instancia al juicio de amparo, ya sea de doble o de único grado.⁹⁵

83. En consecuencia, el problema que se plantea no es tanto el de la procedencia del juicio de amparo respecto de los citados organismos descentralizados por servicio, sino la anarquía en los instrumentos jurídicos y procesales para la defensa inmediata de los gobernados frente a los actos y resoluciones de los citados organismos.

84. Por este motivo, la recomendación que se aprobó en el Primer Congreso Latinoamericano de Derecho Constitucional, efectuado en la ciudad de México durante los días 25 a 30 de agosto de 1975, de acuerdo con una ponencia colectiva presentada por los destacados tratadistas mexicanos Ignacio Burgoa Orihuela, Alfonso Noriega Cantú y otros profesores de la Facultad de Derecho de la UNAM,⁹⁶ en el sentido de que: "Es deseable que el amparo mexicano se haga expresamente precedente contra actos de las entidades paraestatales, como ya acontece en varios países latinoamericanos",⁹⁷ debe interpretarse en el sentido de que es preciso reconocer a los organismos públicos descentralizados (y no a todo el sector paraestatal) el carácter de autoridades públicas, con objeto de que se unifique el sistema de defensas jurídicas y procesales de los gobernados contra los actos y resoluciones de tales organismos, y en último grado puedan impugnarse en amparo como controversias de carácter administrativo.

85. Es bien sabido que hasta el momento los actos de la administración activa, ya sea federal o local, pueden combatirse a través del derecho de amparo, en dos sectores, puesto que en una primera dirección, cuando existen tribunales especializados u ordinarios con

⁹⁶Este trabajo lleva el título de "El juicio de amparo mexicano y su relación con recursos similares latinoamericanos", en el volumen colectivo *Función del Poder Judicial en los sistemas constitucionales latinoamericanos*, México, 1977, pp. 63-72.

⁹⁷Esta proposición puede consultarse en la obra mencionada en la nota anterior, p. 204.

⁹⁸Cfr. Fix-Zamudio, Héctor, "Presente y futuro de la casación civil a través del juicio de amparo mexicano", *Memoria de El Colegio Nacional*, México, 1979, pp. 91-138.

competencia para conocer de las controversias respectivas, primero debe promoverse el proceso de lo contencioso administrativo o fiscal, y contra la sentencia definitiva dictada en el mismo, acudir ante la Suprema Corte o a los Tribunales Colegiados en el juicio de amparo de una sola instancia, lo que configura una verdadera casación;⁹⁸ pero cuando no exista esa vía judicial, se pueden impugnar esos actos de la administración activa de manera inmediata, ante los jueces de Distrito, y en segundo grado ante la propia Suprema Corte o los Tribunales Colegiados, funcionando en este supuesto el juicio de amparo como un proceso de lo contencioso administrativo.⁹⁹

86. Pero con apoyo en lo dispuesto por el párrafo segundo de la fracción I del artículo 104 de la Carta Fundamental, sobre el establecimiento, por las leyes federales, de 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 Federal, se advierte en nuestro ordenamiento la tendencia creciente para establecer órganos de jurisdicción administrativa con competencia genérica (y no específica como la del Tribunal Fiscal y otros de carácter tributario en algunas entidades federativas que siguen su ejemplo), se puede predecir que en un futuro próximo desaparecerá paulatinamente el juicio de amparo de doble instancia contra actos de la administración activa y quedará únicamente el de un solo grado, como casación nacional administrativa.¹⁰⁰

87. En efecto, con apoyo en la disposición constitucional mencionada, se creó el Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Distrito Federal, por ley promulgada el 28 de enero de 1971, reformada pos-

⁹⁹ Cfr. Fix-Zamudio, Héctor, "Introducción a la justicia administrativa en el ordenamiento mexicano", cit., *supra* nota 13, pp. 127-142.

¹⁰⁰ Cfr. Fix-Zamudio, Héctor, *op. ult. cit.*, p. 145.

¹⁰¹ Cfr. Vázquez Galván, Armando y García Silva, Agustín, *El Tribunal de lo Contencioso-Administrativo en el Distrito Federal*, México, 1977; Ovalle Favela, José, "Ley del Tribunal de lo Contencioso-Administrativo del Distrito Federal. Adiciones y reformas", *Gaceta Informativa de Legislación y Jurisprudencia*, México, núm. 3, julio-septiembre de 1972, pp. 353-362; núm. 9, enero-marzo de 1974, pp. 66-68, y núm. 26, enero-abril de 1979, pp. 181-191.

¹⁰² Dicho ordenamiento está inspirado claramente en la Ley del Tribunal de lo Contencioso-Administrativo del Distrito Federal, cfr. Ovalle Favela, José, "La legislación mexicana reciente sobre justicia administrativa", *Gaceta Informativa de Legislación y Jurisprudencia*, México, núm. 23, enero-abril de 1978, pp. 135-142.

teriormente en 1973 y 1979,¹⁰¹ y de acuerdo con este modelo también se estableció el Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Estado de Hidalgo, cuya ley orgánica fue promulgada el 29 de junio de 1979.¹⁰² Por otra parte, se han hecho varios intentos para transformar el Tribunal Fiscal de la Federación en un Tribunal Federal de Justicia Administrativa, de competencia genérica,¹⁰³ y al parecer no está lejano el momento en que ese propósito pueda realizarse.¹⁰⁴

88. En consecuencia, el problema no radica en la procedencia del juicio de amparo contra los actos o decisiones de los organismos públicos descentralizados o inclusive en relación con todo el sector paraestatal (empresas públicas y organismos fiduciarios en los fideicomisos de Estado), si se toma en consideración que el propio amparo constituye la última instancia de todo procedimiento, y que las controversias planteadas contra los organismos y empresas paraestatales llegarán forzosamente a discutirse en los tribunales de amparo, sino que lo que debe estudiarse, para obtener una solución satisfactoria, es la determinación precisa de las defensas jurídicas y procesales de los gobernados frente a los organismos públicos descentralizados considerados como autoridades públicas (por formar parte de la administración del Estado), a fin de que pueda uniformarse y clarificarse la interposición del juicio de amparo como última instancia de dichas controversias.¹⁰⁵

VIII. NECESIDAD DE UNA REVISIÓN DE LOS CONCEPTOS E INSTRUMENTOS TRADICIONALES

¹⁰³ Cfr. Heduán Virués, Dolores, "Hacia un Tribunal Federal de Justicia Administrativa", en el volumen colectivo *Estudios de derecho público contemporáneo. Homenaje a Gabino Fraga*, México, 1972, pp. 127-140; Fix-Zamudio, Héctor, "Hacia un Tribunal Federal de Justicia Administrativa", en la obra colectiva *Tribunal Fiscal de la Federación. Cuarenta y cinco años al servicio de México*, tomo II, *Ensayos en materia procesal*, México, 1982, pp. 379-414.

¹⁰⁴ Además de los anteproyectos formulados por varios magistrados del Tribunal Fiscal de la Federación en 1964 y 1973, se ha redactado uno nuevo por la Secretaría de Hacienda y Crédito Público con la denominación de "Anteproyecto de Ley de Justicia Administrativa".

¹⁰⁵ Cfr. Fix-Zamudio, Héctor, "Introducción a la justicia administrativa", cit., *supra* nota 13, pp. 142-146.

89. Desafortunadamente, en cuanto al ordenamiento mexicano no se ha estudiado con profundidad este problema apremiante de la defensa jurídica y procesal de los gobernados frente a la actividad cada vez más agobiante para sus derechos e intereses legítimos, de las entidades disímbolas que forman el llamado sector paraestatal.

90. Un primer problema que surge del breve examen de dicha materia que hemos realizado en este superficial trabajo, consiste en la falta de delimitación entre los organismos públicos descentralizados propiamente dichos y las empresas del Estado, puesto que se trata de dos sectores diversos, en tanto que los primeros forman parte de la administración pública federal o de las entidades federativas, las empresas carecen del carácter de autoridad, y sólo se encuentran bajo el control y vigilancia directos de la propia administración, lo que influye forzosamente en la naturaleza de los medios de defensa de los gobernados afectados por los actos de las dos clases de entidades.

91. Por lo que respecta a la situación de los organismos públicos descentralizados por servicio, que se han multiplicado extraordinariamente en los últimos años en el derecho mexicano, y cuyo número aumentará todavía más y de manera considerable con la transformación muy próxima de la banca nacionalizada en septiembre de este año, en organismos descentralizados, debe modificarse el concepto tradicional de autoridad que ha establecido la jurisprudencia de los tribunales federales en relación con la procedencia del juicio de amparo (véase *supra* párrafo 66), para ampliarse respecto de estos organismos y en relación con todas sus actividades, pues hasta la fecha, según se ha visto (véase *supra* párrafos 66 y 67), se ha reconocido el carácter de autoridades públicas de manera exclusiva a los institutos Mexicano del Seguro Social y del Fondo Nacional de la Vivienda para los Trabajadores, pero únicamente por lo que respecta a la liquidación y cobro de aportaciones, de acuerdo con el carácter que se les ha conferido de organismos fiscales autónomos.

92. En cuanto a las empresas del Estado, ya sean de carácter totalmente público o bien de participación mayoritaria, de la Federación, estados o municipios, dichos entes no pueden considerarse como autoridades ni forman parte de la administración pública, de manera que debido a sus funciones de prestadoras de bienes y servicios, la defensa de los particulares afectados está vinculada con la de los organismos

protectores de los consumidores, y en nuestro derecho claramente comprendidas dentro de las funciones de la Procuraduría Federal del Consumidor, sin perjuicio de las reformas procesales que deben introducirse para agilizar la protección de los propios consumidores en la vía judicial, la que todavía se encuentra regulada por nuestros anticuados códigos de procedimientos civiles y en forma claramente anacrónica por lo que se refiere al proceso mercantil, de acuerdo con el vetusto Código de Comercio de 1889.¹⁰⁶

93. También debemos tomar en cuenta la situación de los fideicomisos públicos que en el ordenamiento mexicano forman parte del sector paraestatal, en virtud de que los citados fideicomisos carecen de personalidad jurídica propia y la actividad para su ejercicio se realiza por la entidad fiduciaria, que de acuerdo con nuestro sistema jurídico debe ser una institución de crédito. Una vez que la banca nacionalizada se estructure como organismo público descentralizado, de acuerdo con los Decretos de 1 y 6 de septiembre de 1982 (véase *supra* párrafo 40), las decisiones de tales organismos en el cumplimiento de los fideicomisos públicos, tendrán forzosamente el carácter de actos de autoridad, con todos los problemas que tal situación significa, por su novedad dentro del sistema jurídico nacional.

94. Si tomamos en cuenta que todos los organismos públicos descentralizados deben ser considerados como autoridades públicas de carácter administrativo, otra cuestión fundamental que debe analizarse es la modernización de los instrumentos jurídicos y procesales para la protección de los gobernados afectados por la actividad de tales organismos, que como hemos afirmado con anterioridad (véase *supra* párrafos 42 a 45), están estrechamente vinculados con los medios tutelares de los administrados frente al sector centralizado de la administración pública, y por ello consideramos que es preciso introducir o vigorizar aquellos instrumentos jurídicos de carácter preventivo, para solucionar los conflictos crecientes y en progresión geométrica, entre la administración pública y los gobernados, de manera que sólo se planteen ante la jurisdicción administrativa las controversias de

¹⁰⁶Véanse los trabajos mencionados en la nota 43 de este estudio.

¹⁰⁷Cfr. Fix-Zamudio, Héctor, "Introducción a la justicia administrativa", cit., *supra* nota 13, pp. 58-63.

¹⁰⁸Cfr. Fix-Zamudio, Héctor, *op. ult. cit.*, pp. 56-57.

importancia que no han podido solucionarse —o componerse, según el lenguaje carnelutiano—¹⁰⁷ porque de otra manera, como ya se está observando, se produciría el colapso de los tribunales administrativos.¹⁰⁸

95. En tal virtud, es preciso estudiar con profundidad las soluciones que se han establecido en otros ordenamientos, a fin de que, de acuerdo con nuestra realidad social y nuestra tradición jurídica, se introduzcan los instrumentos relativos a la regulación del procedimiento administrativo también respecto de los organismos descentralizados; la intervención razonable de los gobernados en dicho procedimiento; la precisión y claridad de los recursos administrativos internos; un sistema paulatino pero eficaz de responsabilidad económica de la administración por la defectuosa prestación de los servicios públicos, incluyendo los errores judiciales; la institución del *Ombudsman* como una Procuraduría del Gobernado, que tuviese a su cargo la vigilancia de la actividad administrativa, la investigación de las quejas de los administrados y la propuesta de soluciones particulares y generales sobre la propia actividad administrativa. Basta pasar revista a los informes de las diversas instituciones que se han creado en numerosos ordenamientos contemporáneos que realizan funciones de *Ombudsman* para percatarnos de que una parte importante de sus funciones de vigilancia y supervisión administrativa se refieren a la actividad de los organismos públicos descentralizados, especialmente de aquellos relacionados con la seguridad social.¹⁰⁹

96. Otro sector que no analizamos por referirse a un tema que será tratado en este Congreso de manera independiente, es el de la tutela de los intereses colectivos, transpersonales o difusos, sector que se encuentra muy vinculado con la actividad de los organismos públicos descentralizados, y si bien esta cuestión surgió primeramente en los Estados Unidos por conducto de las *class actions*,¹¹⁰ respecto de gran-

¹⁰⁹Pueden consultarse las obras mencionadas en las notas 59 a 63 de este trabajo.

¹¹⁰La bibliografía es muy extensa, por lo que nos limitamos a citar uno de los estudios más recientes: Kötz, Hein, "Public Interest Litigation: A Comparative Survey" y Trubek, Louise y David, "Civic Justice through Civil Justice: A New Approach to Public Interest Advocacy in the United States", ambos en la obra colectiva editada por Mauro Cappelletti *Acces to Justice and the Welfare State*, Florencia, 1981, pp. 85-117 y 119-144, respectivamente. Por lo que se refiere a Inglaterra la institución se conoce con la denominación de *Relator Actions*, cfr. Jolowicz, J. A., "Civil Proceedings in the Public Interest", *The Cambridge Law Review*, Cambridge, Inglaterra, 1982, pp. 32-52.

des empresas privadas, en la actualidad se plantea con frecuencia en relación con la actividad de organismos descentralizados, porque muchos de ellos poseen en varios ordenamientos de nuestra época, intervención decisiva en los problemas relativos al urbanismo, las zonas marginadas, la administración de los medios públicos de transporte, la contaminación ambiental y la prestación de la seguridad social, que son actividades que pueden afectar seriamente a dichos intereses colectivos.¹¹¹ Por ello no resulta extraño que en Brasil se hubiese utilizado la acción popular de inconstitucionalidad para la defensa del patrimonio público, como un instrumento para plantear la defensa de ese tipo de intereses transpersonales.¹¹²

97. En tal virtud, tenemos el convencimiento de que la defensa de los gobernados frente a los organismos públicos descentralizados debe analizarse conjuntamente con las cuestiones relativas a la justicia administrativa de nuestra época, puesto que como se ha reiterado en este trabajo, dichos organismos forman parte de la administración pública y comparten muchos de sus problemas, con algunos aspectos peculiares.

IX. CONCLUSIONES

98. Las conclusiones que podemos plantear al Congreso, en forma de proposiciones y recomendaciones concretas, son las siguientes:

99. *Primera.* El Estado social de derecho, que el modelo que sigue, en términos generales, el ordenamiento jurídico mexicano, ha producido un crecimiento irreversible y considerable de la administración pública, la cual, para la mejor prestación de los servicios públicos, ha establecido un número creciente de organismos públicos descentralizados que afectan de manera constante los derechos e intereses legítimos de los gobernados.

100. *Segunda.* La cuestión relativa a los instrumentos jurídicos y

¹¹¹Cfr. Kötz, Hein, *op. cit.*, pp. 96-117.

¹¹²Cfr. Barbosa Moreira, José Carlos, "A ação popular do direito brasileiro como instrumento de tutela jurisdiccional dos chamados 'interesses difusos'", en la obra colectiva *Studi in onore di Enrico Tullio Liebman*, Milán, 1980, vol. IV, pp. 2673-2692.

procesales para la tutela de los gobernados frente al sector paraestatal debe analizarse de acuerdo con las diversas entidades que la integran, que en el ordenamiento mexicano son de tres categorías: organismos públicos descentralizados, empresas del Estado y fideicomisos de carácter público. En el primer supuesto se trata de autoridades públicas que forman parte de la administración; en el segundo, claramente no se trata de autoridades sino de una actividad empresarial que realiza el Estado, pero que no se distingue esencialmente de la que efectúa el sector privado; y finalmente respecto a los fideicomisos, que carecen de personalidad jurídica propia, la calificación de sus actos depende del carácter que se atribuye a las entidades fiduciarias.

101. *Tercera.* Los instrumentos de protección de los gobernados frente a los organismos públicos descentralizados están estrechamente vinculados con los relativos a la justicia administrativa, puesto que dichos organismos forman parte de la administración pública; los medios de tutela que se refieren a la empresa pública están relacionados con los medios de defensa de los consumidores, ya que dichas empresas son, en la mayor parte de los casos, prestadoras de bienes y servicios; y finalmente por lo que respecta a los fideicomisos, su situación quedará en el primer o segundo sector, según si las entidades fiduciarias tengan o carezcan del carácter de autoridad. En el ordenamiento mexicano, con motivo de la nacionalización de la banca, los fideicomisos públicos quedarán en el sector de los actos de autoridad, al transformarse las instituciones bancarias en organismos públicos descentralizados.

102. *Cuarta.* Tomando en cuenta que los organismos públicos descentralizados forman parte de la administración, se puede proponer concretamente para los efectos de la defensa de los gobernados, que se amplíe el concepto tradicional de autoridad que la jurisprudencia de los tribunales federales atribuye exclusivamente a las dependencias de la administración centralizada, salvo las excepciones de los llamados organismos fiscales autónomos (institutos Mexicano del Seguro Social y del Fondo Nacional de la Vivienda para los Trabajadores) y extenderse respecto de todos los organismos descentralizados, inclusive los considerados como autónomos, con el propósito de que puedan unificarse todos los instrumentos jurídicos y procesales de protección de los gobernados, que actualmente se encuentran regulados de manera dispersa y caótica.

103. *Quinta*. Lo anterior significa que debe estudiarse la posibilidad de introducir o perfeccionar, de acuerdo con nuestra realidad social y nuestra tradición jurídica, los instrumentos de la justicia administrativa contemporánea, como son los relativos a la regulación uniforme, hasta donde ello es posible, del procedimiento administrativo; la precisión de los recursos administrativos internos; la responsabilidad patrimonial de la administración centralizada y descentralizada, por la defectuosa prestación de los servicios públicos, incluyendo los errores judiciales; el establecimiento de una institución similar al *Ombudsman* para la vigilancia de la administración y la investigación de las reclamaciones de los gobernados, y, finalmente, el establecimiento de un sistema de supervisión de la informática para evitar daños y perjuicios a los administrados.

104. *Sexta*. Por lo que se refiere al derecho de amparo, su regulación respecto a la impugnación de los actos y resoluciones de los organismos públicos descentralizados debe centrarse en cuanto a la uniformación de los instrumentos jurídicos y procesales de defensa de los gobernados que deben agotarse previamente a su interposición, puesto que en la actualidad, en todos los casos, ya sea tratándose del procedimiento de una o de doble instancia, forzosamente los conflictos entre dichos organismos y los administrados se resuelven en último grado a través del juicio de amparo, pero la forma de plantear estas controversias es caótica y desordenada en las instancias inferiores.

105. *Séptima*. También debe extenderse la esfera tutelar de los instrumentos de defensa frente a los organismos descentralizados a la defensa de los intereses jurídicos de carácter colectivo, transpersonal o difuso, puesto que en la regulación que se ha hecho en otros ordenamientos puede observarse que dichos intereses son afectados con frecuencia por la actividad de la administración descentralizada, la que interviene en un sector importante de los servicios públicos urbanos, de protección al medio ambiente, la administración de las vías de comunicación, el manejo de los medios masivos de información y la prestación de los servicios de seguridad social.

LA PROTECCIÓN JURÍDICA Y PROCESAL FRENTE A LOS GRUPOS DE PRESIÓN*

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *La tutela respecto de los grupos profesionales y económicos.* III. *La defensa jurídica en el ordenamiento mexicano de los trabajadores y campesinos respecto de los sindicatos y de los organismos agrarios.* IV. *La protección de los débiles en el consumo frente a los prestadores de bienes y servicios.* V. *La tutela procesal de los particulares frente a los grupos sociales y organismos autónomos.* VI. *Conclusiones.*

I. INTRODUCCIÓN

1. Se encuentra totalmente superada en la actualidad la división simplista que se estableció con motivo de los principios liberales de la Revolución Francesa entre autoridad e individuo y cuya máxima expresión la descubrimos en la famosa Ley Chapelier, expedida por la Asamblea Nacional con la intención ingenua de destruir toda organización social intermedia entre el Estado y los particulares, y que en México se expresa a través de la Ley de Desamortización, del 25 de junio de 1856.

2. En efecto, la sociedad contemporánea asume un carácter grupal cada vez más complejo, en el cual el tradicional imperio, que era el elemento distintivo de la autoridad, se ha venido desdibujando, y actualmente los llamados grupos de interés y de presión, especialmente estos últimos, poseen un poderío si no superior, al menos similar al de las autoridades estatales, por lo que pueden afectar, en ocasiones con mayor fuerza que las propias autoridades públicas, la esfera jurídica de los particulares,

* Publicado en *Cuadernos del Instituto de Investigaciones Jurídicas*, México, año II, núm. 5, mayo-agosto de 1987, pp. 357-388.

incluyendo la relativa a los derechos fundamentales de la persona humana consagrados constitucionalmente.

3. Como ha sostenido certeramente el tratadista alemán Gerhard Leibholz, la vieja división de la sociedad en clases sociales, subrayada en el pensamiento de Marx y Engels, se ha transformado en la actualidad en una organización crecientemente compleja, en la cual estas clases delimitadas han sido sustituidas por grupos sociales cada vez más numerosos.¹ Por otra parte, además de los grupos sociales organizados que han sido institucionalizados por los ordenamientos jurídicos, como sindicatos, cámaras empresariales, colegios profesionales, etcétera, han aparecido recientemente, como resultado del desarrollo de la tecnología en la sociedad posindustrial, otros sectores que no pueden determinarse, y cuyos derechos e intereses han sido calificados como *intereses difusos colectivos o transpersonales*.²

4. Ya en las postrimerías del siglo XIX se había advertido que la pretendida igualdad entre los individuos resultaba artificial frente al poderío económico y político de algunos de ellos, que se situaban injustamente sobre los demás y les imponían condiciones despiadadas con el pretexto de la pretendida igualdad jurídica de los hombres, y por ello surgieron los fenómenos de la socialización del derecho y del derecho social.³

5. La socialización del derecho se ha significado por la renovación de los principios que regían las disciplinas jurídicas tradicionales, con el injerto de nuevos elementos de justicia social, como ocurrió con los ordenamientos civil, comercial, administrativo e inclusive constitucional, en los cuales se advirtió la intervención decidida de las autoridades para proteger los sectores marginados y para lograr, a través de la tutela jurídica, una verdadera igualdad.

¹ *La democracia como forma política y como forma de vida*, trad. de Santiago Martínez Haba y G. Wasserzioher de Martínez, 2a. ed., Madrid, 1966, pp. 13-25.

² Sobre este tipo de intereses existe en la actualidad una bibliografía muy amplia, por lo que nos limitaremos a señalar varias obras significativas: el libro editado por A. Gambaro, *La tutela degli interessi diffusi nel diritto comparato, con particolare riguardo alla protezione dell'ambiente e dei consumatori*, Milán, Giuffrè, 1976; *Le azioni a tutela di interessi collettivi*, Padua, Cedam, 1976; Lozano Higuero y Pinto, Manuel, *La protección procesal de los intereses difusos. Intereses de los consumidores, ecológicos, urbanísticos, el acceso a la R. V. T.*, Madrid, 1983.

³ Para la diferenciación entre ambos fenómenos, cfr. Fix-Zamudio, Héctor, "Introducción al estudio del derecho procesal social", en el volumen colectivo *Estudios procesales en memoria de Carlos Viada*, Madrid, 1965, pp. 502-510 y bibliografía ahí citada.

6. Por otra parte, se bosquejaron los principios de sectores jurídicos totalmente nuevos, que han recibido el nombre, bastante discutido, pero sumamente gráfico, de *derecho social*, que comprende la regulación de las instituciones laborales, de seguridad social, agrarias y económicas, construidas con el criterio fundamental de la tutela de los débiles económica, social y culturalmente, frente al poderío de los empresarios, los terratenientes y las grandes empresas, ahora inclusive de carácter transnacional.

7. En la primera posguerra se advierte claramente esta transformación con la creación de nuevas disciplinas jurídicas extraordinariamente dinámicas, especialmente las relativas al derecho del trabajo, el derecho social agrario, las primeras manifestaciones de la seguridad social, e inclusive, la regulación de las actividades económicas, a través del enfoque de lo que el conocido tratadista Boris Mirkine Guetzevitch calificó como “dimensión social del derecho”.⁴

8. Ante los tradicionales derechos individuales de la persona humana, es decir, los clásicos derechos del hombre, dirigidos a tutelar sus libertades fundamentales de expresión, reunión, movimiento, tránsito, etcétera, aparecieron otros grupos de derechos, también de carácter esencial para la dignidad humana, pero que están dirigidos a proteger a la persona humana como ser social así como a los grupos de que forma parte, por lo que se han denominado derechos económicos, sociales y culturales. Como es bien sabido, nuestro país fue el primero en elevar varios de estos derechos a la categoría de normas constitucionales, iniciando así

⁴Las nuevas Constituciones del mundo, Madrid, Editorial España, 1931. Debe destacarse la afirmación de este tratadista en el sentido de que: “En el siglo XX el sentido social del derecho no sólo es una doctrina, no es sólo una escuela jurídica, es la vida misma”, p. 37.

⁵En relación con el nacimiento y desarrollo de los derechos sociales consagrados en la Carta Fundamental de 1917, pueden citarse, entre otros, los siguientes trabajos: Trueba Urbina, Alberto, *La primera Constitución político-social del mundo*, México, Porrúa, 1971; *idem*, *El Derecho social mexicano*, México, Porrúa, 1980; Mendieta y Núñez, Lucio, *Derecho social*, 3a. ed., México, Porrúa, 1980; Campillo Sáinz, José, *Los derechos de la persona humana. Los derechos sociales*, México, Jus, 1962; Reyes Nevares, Salvador, “Apunte histórico sobre los derechos sociales”, *Los derechos sociales del pueblo mexicano*, México, Librería de Porrúa, 1979, tomo I, pp. 145-224; Sayeg Helú, Jorge, *México: democracia social*, México, UNAM, 1981.

⁶Cfr. Bühler, Ottmar, *La Constitución alemana de 11 de agosto de 1919*, trad. de José Rovira Armengol, Barcelona, Labor, 1931, pp. 121-150.

lo que se ha denominado “constitucionalismo social”,⁵ que continuó la Constitución alemana de Weimar.⁶

9. Debido a esta evolución, en la segunda posguerra se establece el *Estado social de derecho*, que se apoya en esa estructura grupal de la sociedad contemporánea, pues implica la superación del Estado de Derecho clásico, individualista y liberal, por una organización política y jurídica, que reconoce la existencia de diversos sectores sociales y la necesidad de armonizar sus intereses, a través de los principios de la justicia social.⁷

10. Si bien es verdad que el Estado social de derecho no determina por sí mismo la existencia de un régimen democrático, como lo demostraron los regímenes autoritarios de Alemania, Italia, España y Portugal, la tendencia contemporánea se dirige hacia la aproximación entre el concepto del Estado social y el de la democracia, como lo dispone expresamente el artículo 1o. de la Constitución española de 1978, que califica al nuevo sistema político como “Estado democrático y social de derecho”.⁸

11. Según el notable tratadista español Manuel García Pelayo, el Estado social se caracteriza por su intervención creciente en las actividades económicas, sociales, políticas y culturales, para armonizar y coordinar los diversos intereses de una comunidad pluralista; redistribuir bienes y servicios, y obtener una meta muy difícil de alcanzar: la justicia social; y por este motivo, se ha calificado de muy diversas maneras, como Estado benefactor, promotor, distribuidor, *manager*, etcétera.⁹

12. Por su parte, el profesor Wolfgang Friedman señaló que el Estado social realiza cinco funciones diferentes, como resultado de sus actividades dirigidas hacia la justicia social: primero, como protector; segundo, como dispensador de servicios sociales; tercero, como administrador industrial; cuarto, como controlador económico, y quinto, como árbitro.¹⁰

⁷ Cfr. Fix-Zamudio, Héctor, “Estado social de derecho y cambio constitucional”, *Memoria del III Congreso Nacional de Derecho Constitucional (1983)*, México, UNAM, 1984, p. 340.

⁸ Cfr. Vanossi, Jorge Reinaldo A., *El Estado de Derecho en el constitucionalismo social*, Buenos Aires, Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1982, pp. 16-33.

⁹ Cfr. García Pelayo, Manuel, “El Estado social y sus implicaciones”, *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Madrid, Alianza Editorial, 1977, pp. 30-40.

¹⁰ Cfr. *El derecho en una sociedad en transformación*, trad. de Florentino M. Torner, México, FCE, 1966, pp. 504-511.

13. Por ello, las constituciones surgidas en esta segunda posguerra han introducido de manera expresa el concepto de *Estado de Derecho social*, como ocurre con el artículo 20, fracción I, de la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania de 1949;¹¹ el artículo 2o. de la Constitución francesa de 1958;¹² el artículo lo., inciso 1, del proyecto de Constitución de la Confederación suiza, elaborado en 1977;¹³ el artículo lo., inciso 1, de la Carta española de diciembre de 1978;¹⁴ y el artículo 79 de la Ley Suprema del Perú, que entró en vigor en julio de 1980.¹⁵

14. También podemos destacar que si bien nuestra Constitución Federal, del 5 de febrero de 1917, que como hemos señalado inició el constitucionalismo social (véase *supra* párrafo 8); en su texto original refleja una época de transición entre el Estado liberal representado por la Constitución Federal de 1857, muchos de cuyos preceptos reproduce, y las nuevas transformaciones hacia la socialización y la creación del derecho social (véase *supra* párrafos 5 y 6). Sin embargo, se le han incorporado de manera paulatina numerosos preceptos que reciben cambios sociales de nuestra sociedad, especialmente a partir de los años cuarenta, ya que se ha transformado, de una comunidad predominantemente agrícola, como lo era en 1917, en una organización crecientemente industrial y urbana, por lo que podemos afirmar que, sin una declaración expresa como en los preceptos fundamentales señalados en el párrafo anterior, nos aproximamos, a través de esas modificaciones constitucionales, hacia el Estado social de derecho.¹⁶

15. Pero la creciente complejidad de la sociedad contemporánea, inclusive la de países que están en vías de desarrollo, como los latinoamericanos, ha traído como consecuencia el fortalecimiento de ciertos sectores sociales que pueden afectar los derechos, tanto individuales como socia-

¹¹“La República Federal de Alemania es un Estado federal, democrático y social”.

¹²“Francia es una República indivisible, laica, democrática y social...”

¹³“La Confederación suiza es un Estado federativo, democrático, liberal y social”.

¹⁴“España se constituye en un Estado social y democrático de derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político”.

¹⁵“El Perú es una República democrática y social, independiente y soberana, basada en el trabajo. Su gobierno es unitario, representativo y descentralizado”.

¹⁶Cfr. Fix-Zamudio, Héctor, “El Estado social de derecho y la Constitución mexicana”, *La Constitución mexicana: rectoría del Estado y economía mixta*, México, UNAM-Porrúa, 1985, pp. 77-86.

les, de sus propios integrantes o los de miembros de otros sectores, especialmente cuando los primeros se constituyen en grupos de presión, lo que ha determinado la necesidad de tutelar a los particulares, no sólo frente a los organismos públicos, como lo ha sido de manera tradicional, sino respecto a estos grupos sociales, económicos, profesionales y culturales.

16. Frente a este fenómeno, la doctrina se ha preocupado por alcanzar soluciones de tutela jurídica y procesal, y al respecto podemos señalar el coloquio que se organizó en diciembre de 1969, en la ciudad de Estrasburgo, con motivo de la creación, bajo los auspicios del ilustre René Cassin, del Instituto Internacional de Derechos Humanos, uno de cuyos temas de discusión fue precisamente la protección de los derechos humanos en las relaciones entre particulares.¹⁷

17. También se abordó este tema en el Noveno Congreso Internacional de Derecho Comparado, efectuado en Ottawa, Canadá, en octubre de 1982, en el cual se examinó la protección de los derechos humanos, no sólo frente a las autoridades públicas, sino también respecto de las empresas y los sindicatos de trabajadores.¹⁸

II. LA TUTELA RESPECTO DE LOS GRUPOS PROFESIONALES Y ECONÓMICOS

A. Colegios profesionales

18. En numerosos ordenamientos contemporáneos, las diversas profesiones sólo pueden ejercerse si los profesionales se afilian de manera obligatoria en los diversos colegios, los cuales adquieren una gran

¹⁷ Cfr. Fix-Zamudio, Héctor, "Quelques aspects de la protection des droits de l'homme dans les rapports entre personnes privées au Mexique et en Amérique Latine", *René Cassin amicorum discipulorumque liber*, París, A. Pedone, 1971, t. III, pp. 279-310. Publicado en castellano como "Algunos aspectos de la protección de los derechos humanos en las relaciones entre particulares en México y en Latinoamérica", *Revista Jurídica Veracruzana*, Jalapa, abril-junio de 1979, pp. 3-45.

¹⁸ Los trabajos presentados y las conclusiones adoptadas en dicha reunión fueron publicados en el volumen editado por el Centre Canadien de Droit Comparé, con el título *Travaux du dixième Colloque International de Droit Comparé. Proceedings of the Tenth International Symposium on Comparative Law*, Ottawa, Ontario, Canadá, Éditions de l'Université d'Ottawa, 1973.

fuerza, puesto que es frecuente que realicen exámenes para admitir a los solicitantes, vigilen la conducta, impongan sanciones disciplinarias e, inclusive, puedan prohibir el ejercicio de la actividad respectiva. Lo anterior ha determinado que en esos sistemas se hubiesen establecido medios procesales para impugnar las determinaciones de los citados colegios profesionales, a fin de evitar la lesión indebida de los derechos de sus miembros.

19. La situación no es reciente, sino que se remonta a los siglos anteriores, pues debemos recordar que uno de los célebres casos judiciales ingleses, el del doctor Bonham, resuelto en 1610 por el tribunal presidido por el famoso lord Eduard Coke, se debió precisamente a una impugnación promovida por el citado reclamante contra una determinación de un colegio médico de Londres, que le prohibió el ejercicio profesional.¹⁹

20. No es el momento de analizar un problema tan debatido como la colegiación obligatoria, si se toma en consideración que en el derecho mexicano no existe esta preocupación de defensa frente a los colegios profesionales, en virtud de que el sistema legal de nuestro país no ha establecido la colegiación obligatoria, lo que determina que los actos de estas agrupaciones no afectan imperativamente a sus miembros, que aun en el caso de ser sancionados por dichos colegios, pueden continuar sus actividades profesionales.

21. En efecto, aun cuando la Ley Reglamentaria de los artículos 104 y 105 constitucionales en materia de profesiones, para el Distrito Federal, aplicable a toda la República en materia federal (que ha servido de modelo para las leyes reglamentarias que sobre esta materia han expedido las entidades federativas), otorga a los colegios profesionales la facultad de vigilancia del ejercicio profesional, con objeto de que se realice dentro del más alto plano legal y moral, así como la de expulsar de su seno por el voto de dos terceras partes de sus miembros, después de oírlo en defensa, a quien ejecute actos que desprestigien o deshonren a la profesión; estas atribuciones carecen de eficacia en la práctica, ya que según se ha dicho, aun en el supuesto de expulsión, no se impide el ejercicio de la profesión respectiva.

¹⁹Cfr. Smith, George P., "Dr. Bonham's Case and the Modern Significance of Lord Coke's Influence", *University of Washington Law Review*, Seattle, Washington, abril de 1966, pp. 297-314.

22. Por otra parte, tampoco existe la posibilidad de establecer, al menos en un futuro próximo, la colegiación obligatoria en nuestro país, ya que un sector de la doctrina considera que afectaría al derecho fundamental de libre asociación previsto en el artículo 9o. de la Constitución Federal,²⁰ de manera que el profesional escoge libremente el colegio de su especialidad al que pretende afiliarse (tomando en cuenta, además, que pueden constituirse varios), o bien permanece aislado según su conveniencia, y además puede darse de baja en una agrupación e ingresar en otra, en la inteligencia de que los citados colegios pueden constituirse y obtener el registro respectivo ante la Dirección General de Profesiones de la Secretaría de Educación Pública, si cumplen con requisitos realmente mínimos, pues además de otros aspectos formales, basta que demuestren anualmente tener un mínimo de 100 miembros si operan en el Distrito Federal, lo que tampoco se cumple en la práctica, por lo que muchos colegios son artificiales.²¹

23. No obstante que algunos miembros de la Barra Mexicana del Colegio de Abogados propusieron una reforma legislativa en el sentido de establecer la colegiación obligatoria, ya sea en una agrupación profesional única o en la que eligiera el profesional,²² en la convención que se reunió con objeto de discutir este tema los días 27 a 29 de marzo de 1963, la votación de los asistentes fue adversa a esta proposición.²³

B) Protección frente a grupos económicos

24. Además de la tutela reciente de los débiles en el consumo, que abordaremos más adelante (véase *infra* párrafos 52 a 58), pretendemos en

²⁰ Cfr. Burgoa Orihuela, Ignacio, *Las garantías individuales*, 18a. ed., México, Porrúa, 1984, pp. 376-389.

²¹ Respecto a la situación de los colegios de profesionales, cfr. Moreno, Manuel M., "La agregación profesional en México", *El Foro*, México, enero-junio de 1960, pp. 61-77.

²² Cfr. Pérez Verdía, Enrique, "Ejercicio profesional de la abogacía y la asociación forzosa", así como las ponencias apoyando la colegiación obligatoria, de Miguel Cantón Moller y Roberto Molina Pasquel, *El Foro*, México, julio-septiembre de 1963, pp. 89 a 130.

²³ Puede consultarse el acta respectiva en el mismo número de *El Foro* citado en la nota anterior, pp. 87-88.

esta ocasión señalar de manera breve y panorámica algunos instrumentos jurídicos que se han establecido en el ordenamiento mexicano con el propósito de proteger a las personas individuales, así como a los sectores sociales desprotegidos, de ciertos grupos con fuerza económica, que realizan actividades monopólicas, de ocultamiento artificial, o acaparamiento de bienes esenciales de consumo, así como maniobras especulativas que se traducen en beneficios económicos indebidos.²⁴

25. Así, podemos señalar que, a partir de los años treinta, se introdujeron en el ordenamiento mexicano, de manera paulatina, una serie de medidas legislativas con objeto de fundamentar la intervención de la administración pública en la producción y distribución de bienes de consumo necesario, y que se apoyaron en el texto original de los artículos 27 y 28 de la Constitución Federal. Por lo que respecta al segundo de dichos preceptos, su primera parte está redactada, con algunas adiciones, en forma similar al precepto del mismo número de la Carta Federal de 1857, el que pretendía impedir monopolios y tutelar la libre concurrencia en el mercado.²⁵

26. No obstante, el Constituyente de Querétaro agregó un segundo párrafo en el que se estableció que la ley castigará severamente y las autoridades perseguirán con eficacia toda concentración y acaparamiento de artículos de consumo necesario para obligar a los consumidores a pagar precios exagerados, y en general todo aquello que constituya una *ventaja exclusiva indebida en favor de una o varias personas determinadas y en perjuicio del público en genera o de alguna clase social*.²⁶

²⁴ Cfr. Fix-Zamudio, Héctor, "El Estado social de derecho y la Constitución mexicana", cit., *supra* nota 16, pp. 105-108; *idem*, "La democracia social", *Derechos del pueblo mexicano. México a través de sus constituciones*, 3a. ed., *Doctrina constitucional*, México, Cámara de Diputados, Manuel Porrúa, 1985, tomo I, pp. 534-538.

²⁵ El citado artículo 28 de la Carta Federal de 1857 estableció: "No habrá monopolios, ni estancos de ninguna clase, ni prohibiciones a título de protección a la industria. Exceptuándose únicamente los relativos a la acuñación de moneda, a los correos, y a los privilegios que, por tiempo limitado, conceda la ley a los inventores o perfeccionadores de alguna mejora". Cfr. Carrillo Flores, Antonio, "El concepto de la economía mixta", *Nuevo derecho constitucional mexicano*, coordinado por Diego Valadés y José Francisco Ruiz Massieu, México, Porrúa, 1983, p. 83.

²⁶ Cfr. Burgoa Orihuela, Ignacio, *Las garantías individuales*, cit., *supra* nota 20, pp. 406-413; Pueblita Pelusio, Arturo, *Elementos económicos de las Constituciones de México*, México, Limusa, 1982, pp. 120-130.

27. Se expidieron dos leyes reglamentarias de este precepto, la primera el 18 de agosto de 1931 y la vigente, el 25 de agosto de 1934, con varias reformas posteriores, conocidas como leyes de monopolios; tenían, en realidad, el propósito más amplio de regular la distribución de bienes y servicios, especialmente los considerados como de *consumo necesario*, estableciendo la posibilidad de imponerles *precios máximos*. Dichas leyes han complementado este capítulo (artículos 7o. y 8o. de dicho ordenamiento).²⁷

28. En esta dirección debemos destacar la participación activa del Ejecutivo Federal en la regulación del mercado de productos de consumo necesario o los calificados como de primera necesidad, a través de empresas u organismos públicos creados con el propósito de adquirir este tipo de artículos, regular su almacenamiento y promover su distribución; empresas u organismos como el Comité Regulador del Mercado de las Subsistencias (Ley de 30 de junio de 1938); Sociedad Nacional Distribuidora y Reguladora (Ley de 3 de mayo de 1941); la Compañía Exportadora e Importadora Mexicana (CEIMSA) (acuerdo presidencial del 25 de marzo de 1961), y finalmente la actual Compañía Nacional de Subsistencias Populares (Conasupo) (decreto del 1 de abril de 1965).

29. Una nueva etapa se advierte con la expedición de la Ley sobre Atribuciones del Ejecutivo Federal en Materia Económica, promulgada y publicada el 30 de diciembre de 1950, y el Reglamento de varios de sus artículos, del 9 de enero de 1951; que establecieron un sistema para regular la producción y distribución de mercancías y de servicios, no solamente de consumo necesario sino inclusive de aquellos que se consideraban esenciales o importantes en la economía nacional, incluyendo, por supuesto, la fijación de precios máximos para determinados artículos.²⁸

30. Por otra parte, también en el Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común y para toda la República en Materia de Fuero Federal se han establecido figuras delictivas, que se han modificado en varias ocasiones, para regular conductas ilícitas que afecten gravemente al consumo nacional, y por tanto a los grupos o personas marginados o

²⁷ En la parte relativa de la exposición de motivos de la Ley de Monopolios de 1934 se expresó: "Es innegable que cada vez con mayor fuerza se siente la necesidad de la intervención del Estado en la economía de los países a fin de dirigirla mediante normas adecuadas e impedir que el libre juego de los intereses particulares lesione los más altos de la sociedad..."

²⁸ Cfr. Serra Rojas, Andrés, *Derecho administrativo*, 13a. ed., México, Porrúa, 1985, tomo I, pp. 411-438.

desprotegidos, en los artículos 253 y 254 se prohíbe el acaparamiento, ocultación injustificada, negativa de venta, limitación de la producción, destrucción indebida y otras actividades similares especialmente con artículos de consumo necesario o generalizado o con materias primas para elaborarlos o indispensables para la industria nacional.²⁹

III. LA DEFENSA JURÍDICA EN EL ORDENAMIENTO MEXICANO DE LOS TRABAJADORES Y CAMPESINOS RESPECTO DE LOS SINDICATOS Y DE LOS ORGANISMOS AGRARIOS

A) *En relación con los trabajadores*

31. Si bien los sindicatos de trabajadores constituyen las asociaciones gremiales establecidas en defensa de los derechos individuales y colectivos de sus miembros, desde otro punto de vista también pueden afectar los derechos de sus propios integrantes o de otros trabajadores ajenos a dichas asociaciones. En efecto, en la realidad los sindicatos pueden ejercer presiones sobre sus asociados o bien sobre aquellos que no se encuentren sindicalizados, y respecto de los primeros, imponerles sanciones que llegan a la suspensión o privación de sus derechos sindicales, afectando con ello su libertad de asociación.

32. En este sentido, el ilustre jurista mexicano Mario de la Cueva sostuvo que no debe olvidarse que la libertad de asociación profesional es un derecho de los trabajadores frente al Estado y a los empresarios, y no un derecho de los grupos profesionales sobre los hombres, ya que se debe partir del dato incontrovertible de que el fundamento de este derecho constitucional es la persona humana, y por ello no puede desconocerse, pues se ignoraría a sí misma.³⁰

33. Esta situación se agrava por el establecimiento en los contratos colectivos o inclusive en los calificados como "contratos-ley" (es decir,

²⁹ Cfr. Carrancá y Trujillo, Raúl y Carrancá y Rivas, Raúl, *Código Penal anotado*, 11a. ed., México, Porrúa, 1985, pp. 601-605.

³⁰ Cfr. Cueva, Mario de la, *Derecho mexicano del trabajo*, México, Porrúa, 1967, tomo II, p. 357.

los colectivos que se transforman en obligatorios para toda una rama de la industria a través de un decreto del Ejecutivo Federal),³¹ de la llamada *cláusula de exclusión*, en su doble sentido, en tanto que puede obligarse al patrón o a la empresa a admitir en las vacantes temporales o definitivas sólo a los candidatos propuestos por el sindicato titular del citado contrato, y en otra dirección, se obliga al empresario a despedir de su empleo al trabajador que renuncia al sindicato o que es expulsado por el mismo.³²

34. Ha existido la duda sobre la constitucionalidad de la citada cláusula de exclusión, en cuanto puede lesionar la libertad de los trabajadores para asociarse gremialmente o permanecer libres, y en este sentido el artículo 358 de la Ley Federal del Trabajo vigente, que entró en vigor el 1 de mayo de 1970, establece que a nadie se le puede obligar a formar parte de un sindicato o a no formar parte de él.³³

35. No obstante lo anterior, la misma Ley de 1970 reconoce en su artículo 395 como institución legal esta práctica convencional, en el cual dispone que en el contrato colectivo podrá establecerse que el patrón admitirá exclusivamente como trabajadores a miembros del sindicato contratante, si bien señala, además, que esta cláusula y cualesquiera otras que establezcan privilegios en favor del referido sindicato, no podrán aplicarse en perjuicio de los trabajadores que no forman parte del mismo y que ya presten sus servicios a la empresa o establecimiento con anterioridad a la fecha en que la asociación gremial solicite la celebración o la revisión del contrato colectivo y la inclusión en él de la *cláusula de exclusión por ingreso*.

36. El mismo precepto determina que también podrá establecerse en el contrato colectivo correspondiente, que el patrón separará del trabajo a los miembros que renuncien o sean expulsados del sindicato contratante (*cláusula de exclusión por despido*).

³¹ La doctrina considera que la denominación correcta de esta institución es la de "contrato colectivo de carácter obligatorio"; cfr. Cueva, Mario de la, *op. ult. cit.*, tomo II, p. 685; Guerrero, Euquerio, *Manual del derecho del trabajo*, 6a. ed., México, Porrúa, 1973, pp. 309-315.

³² La misma doctrina califica el primer aspecto como "cláusula de exclusión por ingreso" y al segundo "cláusula de exclusión por separación", Cueva, Mario de la, *op. ult. cit.*, tomo II, pp. 651 y ss.; Guerrero, Euquerio, *op. ult. cit.*, pp. 282-286.

³³ Cfr. Cueva, Mario de la, *op. ult. cit.*, tomo II, pp. 384-389; Guerrero, *op. ult. cit.*, pp. 289-291.

37. Se advierte que esta disposición es el resultado de presión ejercida por los grandes sindicatos de trabajadores sobre el legislador, puesto que la llamada cláusula de exclusión en sus dos sentidos confiere una gran fuerza a las asociaciones gremiales frente a los empresarios y refuerza su unidad interna, pero, por otro lado, otorga a la asociación sindical un dominio excesivo sobre sus propios integrantes, que para obtener empleo deben previamente ingresar a la misma a fin de que puedan ser propuestos para las vacantes de la empresa, pero si con posterioridad renuncian a pertenecer al sindicato, o bien, en los casos más graves, realizan una conducta que lesiona a la asociación gremial, son expulsados de la misma y el empresario está obligado a despedirlos.³⁴

38. Para evitar, hasta donde sea posible, los efectos negativos de un despotismo sindical, la misma Ley Federal del Trabajo establece en su artículo 371 los requisitos que deben cumplir los estatutos sindicales, y regula, de manera minuciosa, el procedimiento para que pueda decretarse la expulsión de los trabajadores por parte de la asociación sindical. En efecto, en la fracción VII de dicho precepto se exige la reunión de la asamblea de los trabajadores que integran el sindicato, ya sea en pleno o por secciones; el trabajador afectado debe ser oído en defensa, de conformidad con las disposiciones de los propios estatutos; la asamblea conocerá las pruebas que sirvan de base al procedimiento y las que ofrezca el sancionado; los miembros del propio sindicato no podrán hacerse representar en la asamblea ni emitir su voto por escrito; la citada expulsión sólo podrá decretarse por los motivos expresamente consignados en los estatutos, debidamente comprobados y exactamente (en realidad, estrictamente) aplicables al caso, y siempre que la sanción sea aprobada por las dos terceras partes de los miembros del sindicato respectivo.

39. Por otra parte y con independencia de las disposiciones tutelares anteriores, cuando con motivo de su expulsión del sindicato, el empresario despide a un trabajador, en cumplimiento de la cláusula de exclusión establecida en el contrato colectivo, el afectado puede impugnar esta determinación en la junta de conciliación y arbitraje correspondiente, y en última instancia acudir al juicio de amparo, a fin de demandar tanto

³⁴ Respecto a la cláusula de exclusión regulada por la Ley Federal del Trabajo de 1970, pueden consultarse los estudios de Cueva, Mario de la, *El nuevo derecho mexicano del trabajo*, México, Porrúa, 1979, tomo II, pp. 306-322; Buen Lozano, Néstor de, *Derecho del trabajo*, México, Porrúa, 1976, tomo II, pp. 687-689.

a la empresa como al sindicato respectivo, su reinstalación y el segundo el pago de los daños y perjuicios correspondientes.³⁵

40. Dentro de la materia laboral, un sector que se había descuidado, y no sólo en nuestro país, es el de los *deportistas profesionales*, cuyas libertades de trabajo y de asociación se han visto menoscabadas por los clubes y las asociaciones deportivas.

41. En efecto, ha sido frecuente que dichos clubes y asociaciones impongan sanciones a los deportistas que dependen de ellos, llegando inclusive a impedir que realicen sus actividades, o bien los trasladan a otros clubes sin su consentimiento al traspasar los contratos por sumas de dinero, en ocasiones considerables, de las que no participan, sino en mínima parte, los interesados.

42. Todas estas situaciones se destacaron en el Primer Congreso Internacional del Derecho del Deporte, efectuado en la ciudad de México durante los días 26 a 30 de junio de 1968, y en el cual se aprobó, entre otras recomendaciones, la siguiente:

Sugerimos que la Organización Internacional del Trabajo entre al examen y el estudio preliminar del problema que plantea la actividad laboral del deportista profesional, teniendo en vista la posibilidad de adoptar una convención internacional que tenga por finalidad garantizar en su proyección multinacional, los derechos fundamentales que lo amparen como persona humana y como trabajador, tanto en el ámbito del derecho del trabajo como en el de la seguridad social.³⁶

³⁵ Respecto a la jurisprudencia sobre la aplicación de la cláusula de exclusión, se han sustentado los criterios de que el empresario no está obligado a cerciorarse de la legalidad de la expulsión del trabajador del sindicato respectivo y que debe separar al propio trabajador sin responsabilidad para el patrón. También la jurisprudencia ha establecido que se debe comprobar por el sindicato que se cumplieron con los requisitos estatutarios y con el porcentaje de votación exigido por la Ley Federal del Trabajo, para justificar la legalidad de la expulsión del trabajador afectado. Tesis 33 a 37, pp. 34-38 del volumen relativo a la Cuarta Sala (Laboral) de la Suprema Corte de Justicia, Quinta Parte del *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación*, publicado en 1985.

³⁶ Cfr. las numerosas comunicaciones que se presentaron en el Primer Congreso Internacional del Derecho del Deporte, celebrado en la ciudad de México los días 26 a 30 de junio de 1968, podemos citar los de Kurczyn Villalobos, Patricia, "Los deportistas como trabajadores"; López Aparicio, Alfonso, "El deportista profesional y el derecho del trabajo"; Mazzoni, Giuliano, "Le travail et le sport: l'amateur et le professionnel"; Podetti, Humberto A., "La relación de trabajo de los futbolistas profesionales en la República Argentina"; Russomano, Víctor Mozart, "Aspectos generales del trabajo deportivo", en las *Actas* respectivas, México, UNAM, 1968, tomo II, pp. 721-798.

43. Las ponencias y los trabajos presentados en el citado Congreso influyeron en la Ley Federal del Trabajo en vigor, en la cual se consagra todo un capítulo, el X, a los deportistas profesionales (artículos 292-303), y comprende disposiciones tutelares no sólo de los derechos estrictamente laborales de los citados deportistas, sino también en relación con su libertad profesional, en cuanto el artículo 295 del citado ordenamiento dispone que los deportistas no pueden ser transferidos a otra empresa o club sin su consentimiento: el artículo 296 establece las reglas para la transferencia de los jugadores, para evitar los abusos que se cometían habitualmente, y entre dichas reglas se ordena que el monto de la prima debe determinarse por acuerdo entre el deportista afectado y la empresa o club, y que la participación del propio deportista debe ser de un 25%, por lo menos, pero si el porcentaje fijado es inferior al 50%, se aumentará en un 5% por cada año de servicios, hasta llegar a 50%, por lo menos. También se establece en el artículo 302 que las sanciones que puedan imponerse a los mencionados deportistas se aplicarán de conformidad con los reglamentos locales, nacionales e internacionales que rijan la práctica de los deportes.

44. La reglamentación anterior tiene la ventaja para los deportistas profesionales, ya que la violación de la misma por parte de los clubes, asociaciones o empresas, puede reclamarse por los afectados ante las juntas de conciliación y arbitraje y, en el último grado, a través del juicio de amparo ante los tribunales federales.

45. En la exposición de motivos de la iniciativa presidencial que sirvió de base para la expedición de la citada Ley Federal del Trabajo se reconoce, en forma expresa, la influencia de los trabajos y de las conclusiones presentados en el citado Congreso Internacional en esta materia, ya que la regulación respectiva tiene como finalidad especial dignificar el trabajo deportivo, evitando que los deportistas profesionales sean considerados como mercancías, con violación de los derechos humanos fundamentales.

B) *En relación con los campesinos*

46. Ahora debemos mencionar las normas que se establecen en la Ley de Reforma Agraria promulgada, el 22 de marzo de 1971, para proteger a los *campesinos sujetos a la reforma agraria*, es decir, a los ejidatarios

y a los comuneros, de los actos que pueden afectarlos y que provienen de las asambleas generales de los núcleos de población respectivos, así como de sus representantes legales, que son los comisariados ejidales o comunales.

47. Precisamente para tutelar estos derechos individuales de los campesinos, dicho ordenamiento establece una serie de normas tutelares, en los supuestos de *suspensión* y de *privación* de sus derechos agrarios, las que deben tramitarse ante la Comisión Agraria Mixta correspondiente a petición, en el primer supuesto, de la asamblea general respectiva, y en el segundo, también puede solicitar la sanción el delegado agrario correspondiente. En ambos supuestos debe seguirse un procedimiento contradictorio, en el cual se otorga oportunidad de defensa al afectado, en la inteligencia de que la decisión en la suspensión que dicta la citada Comisión Agraria Mixta es definitiva, pero en caso de privación, el interesado puede acudir al Cuerpo Consultivo Agrario, que es un tribunal administrativo de jurisdicción retenida,³⁷ a fin de que formule un proyecto de sentencia que debe ser suscrito por el secretario de la Reforma Agraria (artículos 418-433 de la Ley de Reforma Agraria).³⁸

48. En los dos casos, las decisiones de suspensión de la Comisión Agraria Mixta, o de privación del secretario de la Reforma Agraria, pueden combatirse por los afectados a través del juicio de amparo ante los tribunales federales. Pero en esta materia, la Ley de Amparo ha establecido varias disposiciones tutelares que pretenden evitar la indefensión de los campesinos por falta de adecuado asesoramiento, y por ello el juez del amparo debe suplir la deficiencia de la queja en todas las instancias de los propios campesinos, así como aportar de oficio los elementos de convicción que no hubiesen presentado las partes y que se consideren necesarios para esclarecer los hechos. Todas estas disposiciones se consideraron tan importantes que se concentraron en un segundo libro de la

³⁷ Cfr. Ruiz Massieu, Mario, "Notas sobre el Cuerpo Consultivo Agrario", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 39, septiembre-diciembre de 1980, pp. 787-806.

³⁸ Cfr. Chávez Padrón, Martha, *El proceso agrario y sus procedimientos*, 5a. ed., México, Porrúa, 1968, pp. 195-207; Ricord, Humberto E., *Introducción jurídica a la reforma agraria mexicana*, México, 1972, pp. 289-306.

Ley de Amparo, que antes no existía, y que se introdujo en las reformas de 1976.³⁹

49. Pero existen otro tipo de afectaciones que son muy frecuentes en el interior de los ejidos y de las comunidades, y que se refieren a conflictos sobre posesión y goce de las unidades individuales y sobre el disfrute de los bienes de uso común, que la Ley de Reforma Agraria califica de “conflictos internos”, en los cuales actúan como conciliadores los comisariados ejidales o comunales, con una posible instancia ante la Comisión Mixta Agraria respectiva (artículos 434-440 del citado ordenamiento).

50. La situación de inseguridad que afecta gravemente los derechos individuales de los campesinos sujetos a la reforma agraria y que proviene de los actos privativos que se originan en las decisiones de las asambleas o en los llamados comisariados, fue objeto de debate en el Congreso Nacional Agrario reunido en la ciudad de Toluca, Estado de México, del 26 al 30 de octubre de 1959, y en el cual se aprobó una proposición en el sentido de que debieran establecerse en las poblaciones agrarias jueces de primera instancia para conocer de las inconformidades de los campesinos, configurándose así una especie de justicia de carácter “ejidal” o “comunal”.⁴⁰

51. Debido a que las controversias agrarias son resueltas, en única o doble instancia, por las autoridades administrativas agrarias con un criterio predominantemente político, en un sector importante de la doctrina existe la creciente convicción de que resulta necesaria la creación de tribunales agrarios autónomos que decidan, de manera imparcial, los complejos conflictos que surgen de la aplicación de las disposiciones de la Ley de Reforma Agraria, de acuerdo con el ejemplo que se observa en otros ordenamientos latinoamericanos, en los cuales se ha ensayado

³⁹Cfr. Burgoa Orihuela, Ignacio, *El juicio de amparo*, 21a. ed., México, Porrúa, 1984, capítulo vigésimo sexto, dedicado a “El amparo en materia agraria”, pp. 883-987; López Cárdenas, Fernando, *El juicio de amparo en materia agraria*, México, Jus, 1977; Toto, Mireya, *El amparo de la pequeña propiedad agraria*, México, Grijalbo, 1985; Fix-Zamudio, Héctor, “El juicio de amparo en materia agraria”, *Memorias del VIII Congreso Mexicano de Derecho Procesal*, México, Instituto Mexicano de Derecho Procesal, Talleres Gráficos de la Secretaría de la Reforma Agraria, 1979-1980, pp. 225-228; reproducido en la *Revista de la Facultad de Derecho de México*, núm. 116, mayo-agosto de 1980, pp. 439-463.

⁴⁰Los trabajos y proposiciones pueden consultarse en el volumen *Congreso Nacional de Toluca. Organización, funcionamiento y resoluciones*, Toluca, 1959, pp. 40 y ss.

una reforma agraria similar a la nuestra, tales como Bolivia (1953), Chile (1967), Perú (1969) y Venezuela (1976).⁴¹

IV. LA PROTECCIÓN DE LOS DÉBILES EN EL CONSUMO FRENTE A LOS PRESTADORES DE BIENES Y SERVICIOS

52. Uno de los sectores en los cuales se ha observado una seria indefensión es el relacionado con los consumidores, especialmente aquellos que poseen escasos recursos económicos, frente a las empresas comerciales o industriales poderosas, que imponen condiciones desventajosas a los destinatarios de los bienes y servicios que prestan. El problema ha sido tan serio que ha motivado una resolución aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas sobre protección al consumidor, del 16 de abril de 1985.⁴²

53. Lo anterior ha determinado que se establezcan instrumentos jurídicos que modifiquen los tradicionales, que son insuficientes para superar esta situación de indefensión de los consumidores, los que, por otra parte, forman sectores sociales indeterminados, que no puedan defenderse colectivamente, como ocurre con aquellos que se encuentran organizados como grupos de presión (véase *supra* párrafo 3).

54. Son muy numerosas las disposiciones que se han expedido en los ordenamientos contemporáneos para tutelar a los débiles en el consumo,

⁴¹ Cfr. Zeledón Zeledón, Ricardo, *Proceso agrario comparado en América Latina*, San José, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, 1982, pp. 47-133; Masrevry, J., *Derecho agrario y reforma agraria*, Roma, FAO, 1974, pp. 35-68. Por lo que se refiere a nuestro país, las iniciativas para establecer una jurisdicción agraria se remontan, como se señaló en la nota anterior, al Congreso de Toluca de 1959. Más recientemente Fix-Zamudio, Héctor, "Lineamientos fundamentales del proceso social agrario en el derecho mexicano", *Revista de la Facultad de Derecho de México*, núm. 52, octubre-diciembre de 1963, pp. 932-934; Cervantes Ahumada, Raúl, "Los tribunales agrarios (necesidad de su creación)", *Estudios agrarios*, México, núm. 8, mayo-agosto de 1964, pp. 75-78. También se trató del tema en el Congreso Mexicano de Derecho Procesal efectuado en la ciudad de Jalapa, Veracruz, los días 12 a 16 de noviembre de 1979, en el cual se discutió la ponencia general presentada por Armienta Calderón, Gonzalo, "Perspectivas de los tribunales agrarios en el derecho agrario mexicano", publicado en el volumen *Memoria del VIII Congreso Mexicano de Derecho Procesal*, cit., *supra* nota 39, pp. 341-358.

⁴² El texto de esa resolución internacional puede consultarse en el trabajo de Vázquez Ríos, Ponciano, "El avance mundial de los derechos del consumidor", *El consumidor y los derechos humanos*, México, Academia Mexicana de Derechos Humanos e Instituto Nacional del Consumidor, 1985, pp. 23-29.

y como ejemplo podemos mencionar la creación de oficinas públicas para asesorar y proteger sus intereses, que en los países escandinavos se califican de *Ombudsman*,⁴³ puesto que realizan funciones similares, aun cuando específicas a esta materia, a los comisionados parlamentarios del mismo nombre que investigan y tratan de resolver las reclamaciones de los particulares en contra de las autoridades administrativas.⁴⁴

55. En nuestro país se ha establecido un organismo público que se ha extendido de manera considerable en los últimos años con delegaciones en todas las Entidades Federativas (en la actualidad ascienden a 57) precisamente con el propósito de tutelar los derechos de los consumidores. Nos referimos a la *Procuraduría Federal del Consumidor*, creada por la Ley Federal de Protección al Consumidor de 19 de diciembre de 1975, en vigor a partir del 5 de febrero de 1976, con reformas posteriores que han ampliado paulatinamente sus atribuciones. Este ordenamiento tiene como antecedentes inmediatos, aun cuando no necesariamente como modelos, las Leyes de Protección y Defensa del Consumidor, expedidas en Venezuela (5 de agosto de 1974), y en Costa Rica (28 de febrero de 1975).⁴⁵

56. La citada Procuraduría Federal del Consumidor, según el artículo 57 de la Ley mencionada, es un organismo descentralizado de servicio social, con funciones de autoridad, con personalidad jurídica y patrimonio propio, establecido para promover y proteger los derechos e intereses de la población consumidora, y a su frente, según los artículos 60 y 61 del citado ordenamiento, se encuentra un funcionario denominado procura-

⁴³ Cfr. Stemberg Hans, "L'Ombudsman suédois pour les consommateurs", *Revue Internationale de Droit Comparé*, París, julio-septiembre de 1974, pp. 577-581.

⁴⁴ La bibliografía sobre el *Ombudsman* es impresionante por lo que nos limitamos a señalar algunas obras significativas. Rowat, Donald C., *El Ombudsman. El defensor del ciudadano*, trad. de Eduardo L. Suárez, México, 1973; Gil Robles y Gil Delgado, Álvaro, *El control parlamentario de la administración (El Ombudsman)*, 2a. ed., Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública, 1981; Fairén Guillén, Víctor, *El Defensor del Pueblo (Ombudsman)*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1982-1986, 2 vols.; Stacey, Frank, *Ombudsmen Compared*, Oxford, Clarendon Press, 1978; Caiden, Gerald E. (ed.), *International Handbook of the Ombudsman. Country Surveys, Evolution and Present Functions*, Westport, Connecticut-Londres, Greenwood Press, 1983, 2 vols.; Fix-Zamudio Héctor, "Reflexiones comparativas sobre el Ombudsman", *Memoria de El Colegio Nacional*, 1978, México, 1979, pp. 99-149.

⁴⁵ En Costa Rica se estableció una Procuraduría del Consumidor dependiente de la Procuraduría General de la República en la Ley Orgánica de esta última, promulgada el 27 de septiembre de 1982, artículo 7o.

dor federal del consumidor, designado por el presidente de la República.

57. Dicho organismo puede realizar numerosas actividades de tutela de los consumidores, pero en esencia podemos señalar que, de acuerdo con el artículo 59 de la mencionada Ley Federal, sus atribuciones principales consisten en vigilar las prácticas de los prestadores de bienes y servicios y denunciar ante las autoridades competentes aquellas que infrinjan las disposiciones legales sobre precios, normas de calidad, prohibición de actividades monopólicas o las que puedan ser constitutivas de delitos; en segundo término, la citada Procuraduría puede estudiar y proponer medidas encaminadas a la protección de los propios consumidores. Algunas de las medidas que han tenido efectos benéficos han sido las relativas a la revisión de los contratos de adhesión formulados por las empresas, y que con frecuencia contienen cláusulas que afectan gravemente los derechos de los consumidores, a quienes se las imponen. En las reformas a la citada Ley Federal de Protección al Consumidor, que entraron en vigor el 8 de febrero de 1985, se estableció un Registro Público de Contratos de Adhesión.⁴⁶

58. Otras facultades significativas de la Procuraduría consisten en su función de asesoría jurídica individual a los consumidores que presentan reclamaciones; y en la posibilidad de que sus funcionarios actúen como conciliadores en los conflictos que se les denuncien, y si las partes están de acuerdo, también como árbitros para solucionar dichos conflictos. Sus determinaciones en cuanto al fondo de las controversias no son obligatorias, puesto que dicha Procuraduría no realiza funciones jurisprudenciales, de manera que si no se logra la solución del conflicto, las partes pueden acudir a los tribunales ordinarios, para su decisión obligatoria, pero lo último sólo se presenta en la práctica, cuando la cuantía del asunto no produce la incoestabilidad del litigio judicial.⁴⁷

⁴⁶Cfr. Pliego Montes, Salvador, "La procuración de justicia en materia de derechos humanos", *El consumidor y los derechos humanos*, cit., *supra* nota 42, pp. 12-14.

⁴⁷Cfr. Barrera Graf, Jorge, "La Ley de Protección al Consumidor", y Codinach, María de Lourdes, "Protección al consumidor", ambos en la revista *Jurídica*, México, núms. 8 y 10, tomo I, julio de 1976 y julio de 1978, pp. 194-202, y pp. 321-349, respectivamente; Ovalle Favela, José, "Algunos problemas procesales de la protección al consumidor en México", *Anuario Jurídico*, V, 1978, México, 1979, pp. 37-54.

V. LA TUTELA PROCESAL DE LOS PARTICULARES FRENTE A LOS GRUPOS SOCIALES Y ORGANISMOS AUTÓNOMOS

59. Como ya se ha mencionado anteriormente (véase *supra* párrafo 2), la tutela de los derechos de la persona humana se había concentrado en su defensa frente a las autoridades públicas, pero en la actualidad se está abriendo paso a la idea de que los citados derechos también requieren de protección respecto de grupos sociales que pueden afectarlos, a veces con mayor intensidad, que las propias autoridades estatales, y por ello podemos observar que algunos instrumentos que se han establecido con el propósito esencial de la defensa efectiva de los derechos humanos, en su dimensión individual y social, se utilizan también contra los actos violatorios de los citados grupos.⁴⁸ Por otra parte, también se ha modificado el concepto clásico de autoridad, que tradicionalmente se asignaba sólo a los funcionarios públicos que disponían de la fuerza pública para imponer sus determinaciones, no obstante que la administración moderna se ha descentralizado cada vez con mayor fuerza, y se han establecido los organismos públicos descentralizados para agilizar la prestación de los servicios públicos, algunos de los cuales llegan a tener carácter autónomo, en cuanto pueden designar a sus propias autoridades, e inclusive crear la legislación interna, como ocurre con las universidades públicas.⁴⁹

60. A lo anterior debe agregarse que la creciente intervención del Estado en las actividades económicas lo ha llevado al establecimiento de numerosas empresas para la producción y distribución de bienes y servicios esenciales, a través de la creación de lo que en sentido estricto debe considerarse como el *sector paraestatal*, que en nuestro ordenamiento no se encuentra delimitado, puesto que el artículo 90 de la Constitución Federal divide la administración pública en centralizada y paraestatal, con lo que se confunde el sector descentralizado de la propia administración (organismos públicos autónomos), con la empresa pública y los fideicomisos que son los estrictamente paraestatales.⁵⁰

⁴⁸ Cfr. Fix-Zamudio, Héctor, "Algunos aspectos de la protección de los derechos humanos en las relaciones entre particulares", cit., *supra* nota 17, pp. 21-26.

⁴⁹ Cfr. Fix-Zamudio, Héctor, "La defensa jurídica de los particulares frente a los organismos paraestatales", *Revista de la Facultad de Derecho de México*, núms. 133-135, enero-junio de 1984, pp. 135-172.

⁵⁰ Cfr. Fix-Zamudio, Héctor, *op. ult. cit.*, pp. 142-150.

61. Pero con independencia de esa confusión, el concepto de autoridad se ha extendido, al menos a los organismos públicos descentralizados (aún de manera muy restringida en el derecho mexicano), y se ha ampliado la tutela procesal de los derechos humanos de los gobernados respecto del sector paraestatal propiamente dicho (empresa pública), y en relación con los grupos de presión, ya sean sociales, económicos, profesionales y culturales.

62. En esta dirección, podemos señalar como ejemplo a la *acción, juicio o recurso de amparo*, que como es bien sabido surgió en México en la Constitución yucateca de 1841, el Acta de Reforma de 1847 (a la Constitución Federal de 1824), y se consagró definitivamente en los artículos 101 y 102 de la Constitución Federal de 1857, pero posteriormente trascendió al ámbito centroamericano (El Salvador fue el primero en consagrarlo en 1886) y a varios ordenamientos de nuestro continente, de manera que, en la actualidad, el amparo, como instrumento procesal sencillo y breve para tutelar los derechos humanos consagrados constitucionalmente, en la mayoría de los casos, con excepción de la libertad personal, que es protegida por el hábeas corpus, está consagrado en las legislaciones de Argentina, Bolivia, Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela. A los anteriores debemos agregar la institución brasileña denominada *mandado de segurança*, que por su similitud con el amparo ha sido calificada como "mandamiento de amparo".⁵¹

63. Aun cuando el derecho de amparo surgió en México exclusivamente para proteger los derechos humanos en contra de los actos de autoridad en su sentido clásico, y todavía en nuestro ordenamiento así se le considera; en varios de los ordenamientos latinoamericanos se le utiliza para tutelar los propios derechos respecto de grupos de presión y de organismos autónomos, debido a la necesidad de un procedimiento eficaz contra las afectaciones realizadas por dichos grupos y organismos.

64. Como no sería posible efectuar un examen exhaustivo de todos los supuestos en los cuales procede el amparo, no sólo respecto de las

⁵¹ Cfr. Fix-Zamudio, Héctor, "El juicio de amparo en Latinoamérica", *Memoria de El Colegio Nacional*, 1977, México, 1978, pp. 101-138.

autoridades públicas, sino también en relación a los citados grupos de presión de los organismos autónomos, señalaremos algunos ejemplos significativos.

65. En el ámbito nacional argentino (puesto que también se ha consagrado el amparo en la totalidad de sus entidades federativas a través de las Constituciones y leyes provinciales) se advierte claramente esta orientación del derecho de amparo, puesto que fue admitido en los fallos de los tribunales federales y, en especial, por la jurisprudencia de la Corte Suprema, como instrumento no sólo contra los actos de las autoridades públicas en sentido estricto, sino también contra los actos de los “particulares” violatorios de los derechos humanos (con excepción de la libertad personal tutelada por el hábeas corpus), entendiéndose por particulares en realidad a los grupos de presión y, por supuesto, a los organismos descentralizados.⁵²

66. Esta evolución se inició a partir del caso “Samuel Kot”, que fue resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación el 5 de septiembre de 1958, en el cual dicho tribunal estimó que los derechos de la persona humana consagrados expresa o implícitamente por la Constitución Nacional deberían ser respetados no sólo por las autoridades, sino también por los particulares, desarrollándose con posterioridad una serie de principios derivados del criterio expresado por los jueces federales argentinos, que permitió a los afectados acudir a la acción de amparo para la defensa de sus derechos infringidos por grupos sociales, tales como los sindicatos de trabajadores (que fue precisamente la situación a que se refirió el citado caso Kot), asociaciones profesionales, instituciones de enseñanza, organizaciones deportivas, etcétera.⁵³

67. En la parte relativa de la citada sentencia del caso Kot, la Corte Suprema argentina sostuvo:

⁵² Cfr. Linares Quintana, Segundo V., “La doctrina de la Corte Suprema sobre amparo de la libertad y los grupos de interés y de presión”, *Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, 30 de diciembre de 1958, pp. 1-4.

⁵³ Cfr. Carrió, Genaro R., *Recurso de amparo y técnica judicial. Análisis crítico del caso Kot y su influencia en la jurisprudencia*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1961; Olcese, Ricardo M., “Procedencia del amparo contra actos de particulares”, *Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, 22 de septiembre de 1970, pp. 10 y ss.

[...] aún menos admisible es el distingo a que antes se ha hecho referencia (protección de los derechos humanos sólo a las autoridades y no respecto de otros sectores sociales) considerando las condiciones en que se desenvuelve la vida social en los últimos cincuenta años. Además de los individuos humanos y del Estado, hay ahora una tercera categoría de sujetos, con o sin personalidad jurídica, que sólo raramente conocieron los siglos anteriores: *los consorcios, los sindicatos, las asociaciones profesionales, las grandes empresas*, que acumulan casi siempre un enorme poderío material o económico. A menudo sus fuerzas se oponen a las del Estado y no es discutible que estos entes colectivos representan, junto con el progreso material de la sociedad, una fuente de amenazas para el individuo y sus derechos esenciales [...]⁵⁴

68. Con motivo de la expedición de la Ley Nacional de Amparo, del 18 de enero de 1966, expedida durante un gobierno militar, la institución se restringió en el ámbito federal argentino limitándola a los actos de las autoridades públicas, pero debido a que se encontraba arraigado el principio de que los derechos humanos deben tutelarse contra cualquier tipo de violación, la doctrina ha considerado que debe entenderse el concepto de autoridad en un sentido amplio, es decir, incluyendo organismos públicos descentralizados, así como personas o asociaciones particulares en ejercicio de funciones públicas, como ocurre con ciertas entidades profesionales o gremiales que poseen facultades para admitir y cancelar las matrículas para el ejercicio de ciertas profesiones, y la regulación de los aranceles mínimos para dichas actividades, como expresamente lo han establecido algunas leyes provinciales de amparo.⁵⁵

69. Pero además de lo anterior, para sustituir el amparo en el sentido mucho más amplio que había establecido la jurisprudencia de los tribunales federales que mencionamos anteriormente (véase *supra* párrafo 58), se estableció el llamado *proceso sumarísimo* o “amparo contra actos de los particulares”, en el artículo 321 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, del 20 de septiembre de 1967. De acuerdo con este precepto, procede la tramitación rápida y concentrada establecida por el diverso artículo 498 del propio ordenamiento,

⁵⁴ Este fallo aparece transcrito como apéndice al libro de Orgaz, Alfredo, *El recurso de amparo*, Buenos Aires, Depalma, 1961, pp. 95-96.

⁵⁵ Cfr. Sagüés, Néstor Pedro, *Ley de Amparo. Comentada, anotada y concordada con las normas provinciales*, Buenos Aires, Astrea, 1979, pp. 59-89, especialmente, pp. 81-84.

[...] cuando se reclama contra un acto u omisión de un particular que, en forma actual o inminente, lesione, restrinja, altere o amenace con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta algún derecho o garantía explícita o implícitamente reconocida por la Constitución Nacional, siempre que fuere necesaria la reparación urgente del perjuicio o de la cesación inmediata de los efectos del acto y la cuestión, por su naturaleza, no deba sustanciarse por alguno de los procesos establecidos por este Código y otras Leyes [...] ⁵⁶

70. Los principios esenciales establecidos por los tribunales federales argentinos con anterioridad a la Ley Nacional de 1966 influyeron, al menos en teoría, en el establecimiento del “recurso de amparo” en los ordenamientos constitucionales de Bolivia y Paraguay, ambos expedidos en 1967, y por ello es que las Constituciones de estos países en sus artículos 19 y 77, respectivamente, establecieron la procedencia del propio juicio de amparo contra actos de los grupos de presión, calificándolos también de “particulares”, cuando violasen los derechos humanos de los gobernados, y que por mayoría de razón comprenden la tutela respecto de la actividad de los organismos públicos descentralizados. ⁵⁷

71. En Uruguay, que es el país que, al retornar al sistema democrático, ha consagrado en época más reciente el derecho de amparo, también recibe la influencia de la jurisprudencia argentina antes mencionada (véase *supra* párrafo 58), en el artículo 60. del inciso e) del Decreto Constitucional Número 19, del 15 de agosto de 1984, dispuso en su parte conducente:

Cualquier persona podrá deducir la acción de amparo contra todo acto u omisión de las autoridades o de *particulares*, que en forma actual o inminente lesione, restrinja o altere, con ilegitimidad manifiesta, cualesquiera de los derechos y libertades reconocidas por la Constitución (de 1967), con excepción de los amparados por el hábeas corpus [...] ⁵⁸

⁵⁶ Cfr. Bidart Campos, Germán J., *Régimen legal y jurisprudencial del amparo*, Buenos Aires, Ediar, 1968, pp. 113-118.

⁵⁷ Cfr. Oblitas Poblete, Enrique, *Recurso de amparo constitucional*, La Paz, Ediciones Populares Camarlinghi, 1979, especialmente, pp. 248-308; Prieto, Justo J., *La Constitución paraguaya comentada*, Asunción, 1981, pp. 43-45.

⁵⁸ Cfr. Esteva, Eduardo G., “La acción de amparo ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo en su nueva integración y el texto de la sentencia de 21 de junio de 1985”, *Revista Uruguaya de Derecho Constitucional y Político*, Montevideo, junio-julio de 1985, pp. 66-68.

72. El artículo 12 de la Ley de Procedimientos Constitucionales de El Salvador, del 14 de enero de 1960, todavía en vigor, no acepta la posibilidad de interponer el derecho de amparo contra actos de particulares, pero lo admite respecto de violaciones realizadas en los derechos de los gobernados por parte, no sólo de las autoridades públicas entendidas en su sentido tradicional, sino también de manera expresa, en cuanto a los organismos descentralizados del Estado.⁵⁹

73. El artículo 9o. de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, expedida por el Congreso Constituyente de Guatemala el 8 de enero de 1986, para reglamentar, entre otras instituciones, el derecho de amparo establecido por el artículo 265 de la Constitución de 1985, vigente a partir de febrero de 1986, al iniciarse el gobierno constitucional, dispone en su parte conducente que:

Podrá solicitarse amparo contra el poder público, incluyendo entidades descentralizadas o autónomas, las sostenidas con fondos del Estado creados por ley o concesión o las que actúen por delegación de los órganos del Estado, por virtud de contrato, concesión o conforme a otro régimen semejante. Asimismo podrá solicitarse contra entidades a las que debe ingresarse por mandato legal y otras reconocidas por la ley, tales como partidos políticos, asociaciones, sociedades, sindicatos, cooperativas y otras semejantes [...]⁶⁰

74. Una situación similar existe en relación con el *mandado de segurança* brasileño, que como hemos dicho, se le ha traducido al castellano como “mandamiento de amparo”, por su semejanza con la institución tutelar de ese nombre, ya que tiene por objeto tutelar los derechos de los gobernados, predominantemente contra actos de las autoridades administra-

⁵⁹ El derecho de amparo está regulado en El Salvador por el artículo 246 de la Constitución vigente, expedida el 15 de diciembre de 1983, en cuya parte conducente se dispone: “Toda persona puede pedir amparo ante la Sala de lo Constitucional de la Suprema Corte de Justicia, por violación de los derechos que otorga esta Constitución”. Cfr. Bertrad Galindo, Francisco, “La protección procesal de las garantías individuales en América Latina”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal*, Madrid, 1967, pp. 496-498.

⁶⁰ El citado artículo 265 dispone: “*Procedencia del amparo*. Se instituye el amparo con el fin de proteger a las personas contra las amenazas de violaciones a sus derechos o para restaurar el imperio de los mismos cuando la violación hubiese ocurrido. No hay ámbito que no sea susceptible de amparo y procederá siempre que los actos, resoluciones, disposiciones o leyes de autoridad lleven implícita una amenaza, restricción o violación a los derechos que la Constitución y las leyes garantizan”.

tivas y excepcionalmente de carácter judicial, regulado actualmente por el artículo 153, parágrafo 21, de la Carta Federal de 24 de enero de 1967, reformada el 27 de octubre de 1969, todavía en vigor. Dicho precepto está reglamentado por la Ley Número 1,533, del 31 de diciembre de 1951 (expedida bajo la vigencia de la Carta Federal de 1946), reformada en varias ocasiones posteriores.⁶¹

75. El inciso primero del artículo 1o. de la citada ley reglamentaria dispone que deben considerarse como autoridades, para efectos del mismo ordenamiento, a los administradores o representantes de las entidades autárquicas (autónomas) y las personas naturales o jurídicas con funciones delegadas del poder público, solamente en lo que se refiere a las citadas funciones.

76. La jurisprudencia de los tribunales brasileños, partiendo del concepto sumamente lato de autoridad, que consigna el legislador, ha otorgado legitimación pasiva a entidades que no son órganos del Estado, y que, por el contrario, podrían estimarse como particulares desde el punto de vista del amparo mexicano.⁶²

77. Así, por ejemplo, los propios tribunales del Brasil han admitido demandas de amparo (*mandado de segurança*) contra actos de asociaciones gremiales, especialmente sindicatos de trabajadores, y también, después de algunas vacilaciones, respecto de instituciones privadas de enseñanza, cuando algunos de estos grupos o instituciones afectan los derechos fundamentales de sus miembros o de otros particulares.⁶³

⁶¹ Se han elaborado varios estudios comparativos entre el juicio de amparo mexicano y el *mandado de segurança* brasileño, entre los que pueden mencionarse los redactados por Buzaid, Alfredo, "Juicio de amparo e *mandado de segurança*", *Revista de la Facultad de Derecho de México*, núms. 37-40, enero-diciembre de 1960, pp. 107-150; Fix-Zamudio, Héctor, "Mandato de seguridad y juicio de amparo", *Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México*, núm. 46, enero-abril de 1963, pp. 3-69; Fix-Zamudio, Héctor, Ríos Espinoza, Alejandro y Alcalá-Zamora y Castillo, Niceto, *Tres estudios sobre el mandato de seguridad brasileño*, México, UNAM, 1963; Ríos Espinoza, Alejandro, "Mandamiento de seguridad", *Revista de la Facultad de Derecho de México*, núm. 53, enero-marzo de 1964, pp. 77-110.

⁶² Cfr. Fix-Zamudio, Héctor, "Mandato de seguridad y juicio de amparo", *El juicio de amparo*, México, Porrúa, 1964, pp. 352-353.

⁶³ Cfr. Wald, Arnold, *Do mandado de segurança na prática judiciária*, 3a. ed., Rio de Janeiro, Forense, 1968, pp. 162-166; Casa de Rui Barbosa, *O mandado de segurança e su jurisprudência*, Rio de Janeiro, 1961, tomo I, pp. 89 y ss., Galvão Filho, Tito, *Diccionario de jurisprudência no mandado de segurança*, Curitiba, Paraná, 1960, p. 101; Sidou, J. M. Othon, *Do mandado de segurança*, 3a. ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1969, pp. 233-274.

78. Por el contrario, el juicio de amparo mexicano, de acuerdo con nuestra legislación y jurisprudencia, sólo procede contra actos de autoridad en sentido tradicional, es decir respecto de organismos o funcionarios que puedan imponer sus determinaciones inclusive a través del uso de la fuerza pública,⁶⁴ y por lo tanto se rechaza la posibilidad de que se pueda interponer el amparo contra actos de particulares, entendiendo por tales a los grupos sociales de presión. Lo más que ha llegado aceptarse es la posibilidad de impugnar las decisiones del Instituto Mexicano del Seguro Social y del Instituto Nacional del Fondo de la Vivienda para los Trabajadores, pero sólo en cuanto a la determinación de las aportaciones y de las cuotas de quienes deben cubrirlas, pues en esta materia tanto la Ley del Seguro Social, del 26 de febrero de 1973, artículos 267 a 269, como el artículo 30 de la Ley que regula el funcionamiento del citado Instituto de la Vivienda, disponen que actúan como “organismos fiscales autónomos”; pero sus restantes determinaciones relativas a las prestaciones de seguridad social, no pueden impugnarse a través del amparo, puesto que en ese aspecto no se consideran autoridades. En tal virtud, los actores mencionados en segundo término deben combatirse ante los tribunales del trabajo.⁶⁵

79. También debe hacerse notar que el artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, suscrita en San José, Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969, ratificada por nuestro país e incorporada a nuestro derecho interno al ser aprobada por el Senado de la República en junio de 1981, dispone que el recurso sencillo y breve que debe introducirse o perfeccionarse en los ordenamientos internos para la protección eficaz de los derechos humanos,⁶⁶ procede para obtener el *amparo* de estos de-

⁶⁴De acuerdo con la tesis 75, p. 122, en el volumen relativo a la jurisprudencia común al Pleno y a las Salas, del *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación* publicado en 1985, se dispone: “Autoridades responsables para efectos del juicio de amparo. El término ‘autoridades’ para los efectos del amparo comprende a todas aquellas personas que *disponen de la fuerza pública* en virtud de circunstancias, ya legales, ya de hecho, y que por lo mismo están en posibilidad material de obrar como individuos que ejerzan actos públicos, por el hecho de ser pública la fuerza de que disponen”.

⁶⁵Cfr. Fix-Zamudio, Héctor, “La defensa jurídica de los particulares frente a los organismos paraestatales”, cit., *supra* nota 49, pp. 159-167.

⁶⁶El párrafo 1 del citado artículo 25 de la Convención Americana dispone: “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...*”

rechos, aun en el supuesto de que la violación provenga de personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales (lo que abarcaría también a los funcionarios de los organismos descentralizados y autónomos), por lo que dicho precepto sigue, de manera implícita, la orientación adoptada en varios países latinoamericanos, de los cuales hemos señalado algunos ejemplos (véase *supra* párrafos 57 a 66), que han ampliado la tutela del juicio de amparo en relación con los actos de los grupos sociales, económicos y profesionales que menoscaban los derechos del hombre consignados constitucionalmente.⁶⁷

VI. CONCLUSIONES

80. De las reflexiones anteriores podemos llegar a las siguientes conclusiones.

81. *Primera.* En el sistema de la democracia liberal individualista que predominó en la mayoría de los ordenamientos constitucionales del siglo XIX, se otorgó primacía a la protección de los derechos humanos de carácter individual, la que debía hacerse valer frente a las autoridades públicas, las cuales estaban obligadas a respetar dichas libertades clásicas, de expresión, de movimiento, de tránsito, etcétera, generalmente a través de un deber de abstención.

82. *Segunda.* En la primera posguerra se advierte una transformación de esta concepción individualista y liberal y se inicia el reconocimiento de los derechos sociales, por conducto de dos fenómenos paralelos. En primer lugar, se desarrolla la llamada "socialización del derecho", que consiste en la modificación de las disciplinas jurídicas a través del enfoque de la dimensión social de la persona humana, y por otra parte,

⁶⁷ Cfr. Ricord, Humberto E., *Los derechos humanos y la Organización de los Estados Americanos*, México, 1970, pp. 110-111; Gros Espiell, Héctor, "Le système interaméricain comme régime de protection internationale des droits de l'homme", *Recueil des Cours*, Leyden, 1975, vol. II, pp. 7-55; Trejos, Gerardo, "Órganos y procedimientos de protección de los derechos humanos en la Convención Americana (Pacto de San José de Costa Rica)", en el libro redactado conjuntamente con Hernández, Rubén, *La tutela de los derechos humanos*, San José, Juricentro, 1977, pp. 61-150; sobre la ratificación del gobierno de México y la aprobación del Senado federal puede verse el libro colectivo *Los tratados sobre derechos humanos y la legislación mexicana*, México, UNAM, 1981.

se consolida la creación de nuevas disciplinas que se habían iniciado a fines del siglo anterior, y que se agrupan bajo la denominación todavía debatida del “derecho social”, como expresión gráfica para destacar el surgimiento de nuevas normas jurídicas orientadas a la protección de los grupos sociales marginados, como son los trabajadores frente a los empresarios, y los campesinos en relación con los terratenientes, y así se conformaron las nuevas ramas de los derechos del trabajo, social agrario y de la seguridad social.

83. *Tercera.* Fue en este periodo, que se inicia con la terminación de la Primera Guerra Mundial (que también se considera como fin de la democracia clásica liberal e individualista), cuando se advierten los primeros ensayos para elevar a nivel constitucional el reconocimiento de algunos de los derechos de los grupos sociales. Al Constituyente de Querétaro corresponde el mérito de haber iniciado esa etapa que se conoce como “constitucionalismo social”, que poco tiempo después se continuó por la Carta Fundamental de la República Alemana de Weimar y otros ordenamientos europeos. El constitucionalismo social ha desembocado en la segunda posguerra con el establecimiento del Estado social de derecho, que se caracteriza por su intervención en las diversas relaciones sociales, económicas, políticas y culturales, con el fin de lograr una redistribución de bienes y servicios, orientada hacia el ideal de la justicia social.

84. *Cuarta.* Aun cuando el Estado social de derecho no se encuentra forzosamente vinculado con el régimen democrático, como lo demostraron los gobiernos autoritarios de Alemania, Italia, España y Portugal, en la segunda posguerra dicha forma de organización político-constitucional se aproxima considerablemente al sistema democrático, de manera que inclusive se le califica como democracia social. De acuerdo con esta orientación, son numerosas las Constituciones expedidas con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial que expresamente consagran el Estado de Derecho como una democracia social, y en esta dirección podemos mencionar las cartas fundamentales de la República Federal de Alemania (1959); quinta República Francesa (1958); España (1978), y Perú (1979); además del proyecto de Constitución de la Federación suizo (1977).

85. *Quinta.* El Estado social y democrático de derecho reconoce la existencia de una sociedad pluralista, que se integra con diversos grupos sociales, algunos de los cuales ejercen presión para la defensa de sus intereses, en sustitución de las clases sociales determinadas del siglo

XIX. A dicha forma de Estado le corresponde la coordinación de estos intereses colectivos, con mucha frecuencia contrapuestos, y que deben armonizarse para lograr los fines de la justicia social. Lo anterior también ha ocasionado que determinados grupos de presión adquieran fuerza política y económica, que puede afectar los derechos individuales y sociales, ya sea de sus propios miembros o de otros sectores sociales. Varios de estos grupos de presión han sido institucionalizados jurídicamente, tales como los sindicatos de trabajadores, las cámaras empresariales y los colegios profesionales.

86. *Sexta.* La posibilidad real de que los grupos de presión puedan afectar los derechos fundamentales de sus miembros o de otros sectores sociales, ha determinado la necesidad de establecer instrumentos jurídicos y procesales adecuados para la protección de los citados derechos, instrumentos que se han consagrado en varias direcciones. Así, podemos observar que en numerosos ordenamientos se exige la colegiación obligatoria para poder ejecutar varias profesiones importantes, lo que ha otorgado una fuerza considerable a dichas asociaciones profesionales, las que pueden establecer los requisitos de ingreso, inclusive a través de un examen, la vigilancia de la actividad profesional y la imposición de sanciones que pueden llegar hasta la expulsión de los colegiados que hubiesen cometido faltas graves en el ejercicio profesional, lo que les impide dicha actividad. Por la gravedad de estas medidas, se han establecido medios de impugnación de carácter judicial, a fin de que los tribunales revisen la legalidad de las decisiones de los propios colegios profesionales. Debe recordarse que uno de los casos ingleses más célebres, el del doctor Boham, resuelto en 1610 por el tribunal presidido por el gran jurista inglés Eduardo Coke, se refirió precisamente a la impugnación de una expulsión dictada por un colegio profesional de Londres. En el ordenamiento mexicano no existe la colegiación obligatoria, de manera que las determinaciones de las citadas asociaciones no pueden imponerse a los colegiados, los que pueden cambiar de asociación (ya que existen varias de cada rama del ejercicio profesional) o bien permanecer al margen de las mismas.

87. *Séptima.* Otra preocupación del Estado moderno es la relativa a la existencia de sectores sociales económicamente poderosos, que pueden imponer condiciones muy gravosas a los sectores de la población con menores recursos, tales como ocultamiento de bienes de consumo ne-

cesario, actividades monopólicas, maniobras especulativas, etcétera, las que se agravan por las actividades de las empresas transnacionales. Para evitar los daños que estos sectores económicamente poderosos pueden producir a varios grupos sociales, el Estado social interviene activamente en la producción y distribución de bienes y servicios y prohíbe severamente las afectaciones indebidas, inclusive a través de la tipificación penal de conductas ilícitas. En nuestro ordenamiento y a partir de los años treinta, se han dictado varias disposiciones legislativas con apoyo en los artículos 27 y 28 de la Constitución Federal, especialmente este último para regular la intervención del Estado en las actividades económicas y evitar perjuicios a los sectores mayoritarios.

88. *Octava.* También podemos observar que si bien las organizaciones gremiales de los trabajadores y de los campesinos tienen como finalidad esencial la defensa de los derechos individuales y colectivos de sus agremiados, por otra parte, han adquirido una gran fuerza que puede traducirse también en la lesión de los derechos de sus propios miembros o de otros sectores sociales. En nuestro país, una de las instituciones que puede afectar con mayor fuerza los derechos de los trabajadores individuales es la llamada "cláusula de exclusión", en su doble dimensión de ingreso y despido, pues si bien por una parte ha servido para vigorizar la unidad de las agrupaciones sindicales, por la otra, puede traducirse en una dictadura sindical, que reprime toda disidencia y afecta la libertad de asociación. Con este motivo, la Ley Federal del Trabajo, que entró en vigor el 1 de mayo de 1970, con varias reformas posteriores, si bien ha reconocido la legalidad de la cláusula de exclusión, exige que en los estatutos sindicales se garantice el derecho de audiencia de los que son objeto de sanciones en sus derechos sindicales, llegando a la expulsión, que se traduce en la pérdida del empleo. Además estas decisiones pueden impugnarse ante los tribunales del trabajo.

89. *Novena.* Por lo que se refiere a las agrupaciones campesinas, también ha existido preocupación en el ordenamiento mexicano que regula la reforma agraria, para proteger los derechos individuales de los ejidatarios y comuneros frente a las resoluciones de la asamblea general y de los comisariados respectivos, y por ello establece un procedimiento contradictorio respecto de la *suspensión* de los citados derechos, que sólo puede decretarse en una sola instancia por las comisiones agrarias mixtas; y de la *privación*, que puede combatirse en segundo grado por el

tribunal de justicia retenida, denominado Cuerpo Consultivo Agrario, cuyos proyectos de sentencia deben firmarse por el secretario de la Reforma Agraria (anteriormente por el presidente de la República). En los dos supuestos, los afectados pueden acudir al juicio de amparo, el cual se tramita con una serie de ventajas en beneficio de los campesinos, las que fueron introducidas en 1963 y que actualmente se concentran en el libro segundo de la Ley de Amparo, introducido en 1976. Dichas ventajas se apoyan en la frecuente falta de asesoramiento de los citados campesinos, por lo que se suprimen formalidades, se regula de manera amplia la obligatoriedad de la suplencia de la queja y se establece el deber, para el juez del amparo, de llevar al proceso los elementos de convicción que no hubiesen aportado las partes y que sean necesarios para el esclarecimiento de los hechos. No obstante todo lo anterior, la tramitación ante las autoridades agrarias se ha considerado insuficiente, y por ello un sector de la doctrina ha propuesto la creación de tribunales agrarios para que resuelvan de manera independiente e imparcial dichas controversias, como se ha establecido en varios ordenamientos latinoamericanos que han ensayado una reforma agraria similar a la mexicana: Bolivia (1953), Chile (1967), Perú (1969) y Venezuela (1976).

90. *Décima*. Uno de los problemas más agudos de las sociedades contemporáneas es la situación de un sector mayoritario de los consumidores que, por su falta de organización (sus intereses se han calificado de difusos o fragmentarios), no pueden defenderse de manera efectiva frente a las grandes empresas tanto privadas como públicas, algunas de ellas de carácter transnacional. Por este motivo se han ensayado diversos sistemas de tutela de los derechos de los consumidores, como los que han creado en los países escandinavos, de acuerdo con el modelo del *Ombudsman*, como organismo técnico de defensa frente a la administración. El problema ha sido tan significativo que ha motivado la Resolución aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, del 16 de abril de 1985, sobre Protección al Consumidor. En nuestro país se estableció en 1976 la Procuraduría Federal de Defensa del Consumidor, que tiene, entre sus funciones de mayor trascendencia, la asesoría jurídica de los consumidores en relación con las empresas prestadoras de bienes y servicios, incluyendo la posibilidad de realizar funciones de conciliación y, con el consentimiento de las partes, también de arbitraje. Un aspecto que debe destacarse es la revisión de los contratos de adhesión, en los que se esta-

blezcan cláusulas muy desfavorables a los consumidores y, recientemente, también un registro de este tipo de contratos.

91. *Decimoprimera.* También puede observarse una tendencia hacia la utilización de los instrumentos procesales establecidos específicamente para la tutela de los derechos de la persona humana frente a los grupos de presión. Esto ha ocurrido con la *acción, juicio o recurso de amparo*, creado primeramente en el ordenamiento mexicano en la Constitución yucateca de 1841, el Acta de Reforma de 1847 y de manera definitiva en la Constitución Federal de 1857, y que trascendió desde el siglo anterior a las legislaciones centroamericanas (en 1886 fue adoptado por El Salvador), y posteriormente, en otros países latinoamericanos. Aun cuando el modelo mexicano sólo procede contra autoridades públicas, la jurisprudencia nacional argentina a partir del famoso caso "Kot", resuelto por la Corte Suprema el 5 de septiembre de 1958, estableció que el amparo procedía no sólo contra autoridades sino también respecto de "particulares", entendidos éstos como grupos de presión, tales como sindicatos de trabajadores, colegios profesionales, organismos autónomos, asociaciones deportivas, etcétera. Si bien esta orientación no fue recogida por la Ley Nacional de Amparo de 1966 (expedida por un gobierno militar), que lo restringe sólo a la impugnación de actos de autoridad; sin embargo, la institución fue consagrada a través del *proceso sumarísimo*, regulado por el artículo 321 del Código Procesal y Comercial de la Nación, del 20 de septiembre de 1967.

92. *Decimosegunda.* Esta extensión del derecho de amparo para tutelar los derechos humanos frente a los grupos de presión fue recogida por los ordenamientos constitucionales de Bolivia y Paraguay, expedidos en 1967, así como la reforma constitucional de 1984, que estableció los principios del restablecimiento del orden constitucional en Uruguay. También debe considerarse que esta ampliación del derecho de amparo se recoge en la legislación de El Salvador y en la nueva Ley de Amparo, de Exhibición Personal y de Constitucionalidad de Guatemala, expedida en enero de 1986. Aun, con menos extensión, debe mencionarse la Ley Número 1,533 de 1951, todavía en vigor, que regula la procedencia del *mandado de segurança* brasileño (institución que ha sido calificada de mandamiento de amparo, por su proximidad con este último), que consagra un concepto muy amplio de autoridad. Finalmente, aun cuando de manera implícita, este concepto amplio del derecho de amparo está consagrado en el artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, ratificada

por nuestro país y aprobada por el Senado federal en junio de 1981.

93. *Decimotercera. Por el contrario, en el ordenamiento y en la jurisprudencia de los tribunales mexicanos, se conserva un concepto tradicional de autoridad, a la que se considera como aquella que dispone de la fuerza pública para imponer sus determinaciones, la que además se reduce sólo a las dependencias centralizadas, pues tampoco se reconoce la posibilidad de interponer el amparo contra organismos públicos descentralizados o autónomos, ya que sólo se admite respecto de los Institutos del Seguro Social y del Fondo de la Vivienda de los Trabajadores, debido a que sus leyes reglamentarias establecen que deben considerarse como organismos fiscales autónomos sólo por lo que respecta a la determinación de las aportaciones obrero-patronales, o sólo de estos últimos, ya que, en relación con las prestaciones de seguridad social, las decisiones de estos institutos deben impugnarse ante las juntas de conciliación y arbitraje.*

LA PROTECCIÓN JUDICIAL DE LOS DERECHOS HUMANOS EN LATINOAMÉRICA Y EN EL SISTEMA INTERAMERICANO*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Hábeas corpus o exhibición personal*. III. *Derecho de amparo*. IV. *Revisión judicial*. V. *La reciente influencia del sistema europeo de tribunales constitucionales*. VI. *Aproximación de ambos sistemas: la declaración general de inconstitucionalidad*. VII. *El sistema socialista cubano*. VIII. *La tendencia hacia la jurisdicción internacional*. IX. *Corte Interamericana de Derechos Humanos*. X. *Conclusiones*.

I. INTRODUCCIÓN

1. El tema de la tutela judicial de los derechos humanos en los ordenamientos latinoamericanos y su proyección en el sistema interamericano es sumamente complejo, tomando en consideración que nuestros países han recibido, en su ámbito interno, una influencia angloamericana, especialmente a través del ordenamiento constitucional de los Estados Unidos, que sirvió de paradigma en los primeros años de la independencia de España y, un poco más adelante, también respecto a Brasil.¹

2. Además, debe tomarse en consideración que el modelo estadounidense se introdujo en Latinoamérica en ordenamientos que se habían forjado en la tradición romano-canónica, a través de más de tres siglos de dominación española y portuguesa, por lo que su resultado fue pro-

* Publicado en *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, San José, Costa Rica, julio-diciembre de 1988, pp. 7-64.

¹ Cfr. Fix-Zamudio Héctor, "The Confluence of Common Law and Continental European Law in the Mexican Writ of Amparo", *The Mexican Forum*, vol. 3, núm. 4, 1983, pp. 5-8.

ductos híbridos, debido al “trasplante legal”² de la revisión judicial angloamericana (véase *infra* párrafos 45-48), que en los Estados Unidos debe considerarse como un principio y no como procedimientos concretos,³ en tanto que en nuestra región se tradujo en la creación de instituciones procesales específicas.

3. Pero en época reciente también se advierte una tendencia hacia el establecimiento de cortes o tribunales constitucionales de acuerdo con el modelo que surgió en la Constitución austriaca de 1920, debido a las ideas del ilustre Hans Kelsen, y que en la segunda posguerra se extendió en varios de los ordenamientos europeos continentales, incluyendo algunos países socialistas.⁴ Este nuevo trasplante legal, esta vez en un suelo jurídico abonado con una experiencia de más de un siglo de las mencionadas instituciones híbridas derivadas de la revisión judicial angloamericana y la tradición romano-canónica de origen ibérico, tuvo como resultado, a su vez, una combinación de tradiciones y tendencias, que pretende coordinar todos estos factores, de tal manera que puedan subsistir los principios de los dos grandes sistemas de control constitucional (una de cuyas funciones esenciales es la tutela jurisdiccional de los derechos humanos) es decir, el americano y el austriaco.⁵

4. En este breve trabajo, nos proponemos trazar un panorama, forzosamente superficial, de las principales instituciones procesales que tienen como función esencial, o en ocasiones indirecta, proteger los derechos humanos en los ordenamientos latinoamericanos, destacando sus lineamientos fundamentales y sus principales tendencias, desde un ángulo predominantemente normativo, pero sin olvidar que, si bien en

²Cfr. Watson, Alan, *Legal Transplants*, Edimburg, Scottish Academic Press, 1974.

³Cfr. Grant, J. A. C., *El control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes*, México, 1963, pp. 29-47.

⁴Cfr. Kelsen, Hans, “La garantie juridictionnelle de la Constitution (La justice constitutionnelle)”. *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l’Étranger*, París, 1928, pp. 107-257; *idem*, “Judicial Review and Legislation. A Comparative Study of the Austrian and American Constitutions”, *Journal of Politics*, 1942, pp. 183-200; Marcic, René, *Verfassungsgerichtsbarkeit und Rechtslehre*, Viena, 1966, pp. 55-84; Koja, Friedrich, “Il concetto di Costituzione di Hans Kelsen e lo sviluppo del diritto costituzionale austriaco”, *Diritto e Società*, Padua, núm. 1, 1981, pp. 97-115.

⁵Sobre una comparación muy precisa entre los dos grandes sistemas de justicia constitucional, austriaco y mexicano, cfr. Calamandrei, Piero. “La illegittimità costituzionale delle leggi nel processo civile”, *Opere giuridiche*, Nápoles, Moruno, 1968, tomo III, pp. 346-353.

Latinoamérica existen aspectos comunes en sus ordenamientos jurídicos, que permiten considerarlos como un conjunto regional,⁶ sin embargo, las instituciones protectoras mencionadas se aplican en diversas realidades sociales, políticas, económicas y culturales, que determinan distintos grados de eficacia o, inclusive, de inoperancia.

II. HÁBEAS CORPUS O EXHIBICIÓN PERSONAL

5. Esta institución de origen británico constituye la excepción a la afirmación hecha con anterioridad (véase *supra* párrafo 2), acerca de que el modelo angloamericano de tutela jurisdiccional de las normas y valores constitucionales debe considerarse como un principio y no como instituciones procesales concretas, ya que esta institución tutelar de la libertad procesal se conformó, desde sus orígenes, como un procedimiento específico.

6. El hábeas corpus, que también recibe la denominación castellana de "exhibición personal", se ha consagrado en la casi totalidad de las Constituciones latinoamericanas, con el significado clásico de un procedimiento judicial para la tutela de la libertad y la integridad personales en contra de detenciones arbitrarias, generalmente de carácter administrativo, es decir, las ordenadas y practicadas por el Ministerio Público o por la policía, las que son muy frecuentes en nuestra región, y de manera excepcional se admite respecto de resoluciones judiciales.⁷

7. La razón por la cual este instrumento protector ha tenido una aceptación casi unánime en los ordenamientos latinoamericanos se debe, en primer término, a la influencia del derecho angloamericano, tanto de manera directa en virtud de la ley británica de 1679, como a través de su

⁶ Cfr. la clásica obra de Lambert, Jacques, *Amérique Latine. Structures sociales et institutions politiques*, París, Presses Universitaires de France, 1963; Martínez Estrada, Ezequiel, *Diferencias y semejanzas entre los países de América Latina*, México, UNAM, 1952.

⁷ Sobre los matices peculiares del hábeas corpus en Latinoamérica, cfr., entre otros, Fix-Zamudio, Héctor, *La protección jurídica y procesal de los derechos humanos ante las jurisdiccionales nacionales*, Madrid, UNAM-Civitas, 1982, pp. 71-77; y "The Latin America for the Protection of the Individual", *Journal of the International Commission of Jurists*, Ginebra, 1968, pp. 73-78; Sánchez Viamonte, Carlos, "Hábeas corpus", *Enciclopedia Jurídica Omeba*, Buenos Aires, 1975, tomo III, pp. 468-527; "Aniversario de los 300 años del hábeas corpus", *Cuadernos Jurídicos*, Santiago, núm. 9, julio de 1979.

aplicación en el derecho estadounidense,⁸ pero también por el recuerdo de uno de los procesos forales aragoneses, el de “manifestación de las personas” o de “amparo”, que surgió también como la institución inglesa, en la Edad Media, pero que tuvo su periodo de esplendor entre los siglos XIV y XVI, con el desarrollo más amplio que el propio hábeas corpus, como lo han hecho notar los tratadistas que han realizado un análisis comparativo de ambas instituciones.⁹

8. Por ello, no resulta casual que en dichos ordenamientos latinoamericanos exista una confusión terminológica en cuanto a que al propio hábeas corpus se le dio el nombre de amparo en la Constitución chilena de 1925, anterior a la actual de 1980,¹⁰ y que se le conozca también como “amparo de la libertad” en algunos ordenamientos argentinos de carácter provincial,¹¹ así como en el artículo 5 transitorio de la Carta Fundamental venezolana de 1961;¹² y que se le hubiese incorporado como uno de los sectores de juicio de amparo mexicano.¹³

⁸ Cfr. García Belaúnde, Domingo, *El hábeas corpus en el Perú*, Lima, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, 1979, pp. 1-45; Sagüés, Néstor Pedro, *Hábeas corpus. Régimen constitucional y procesal en la Nación y Provincias*, Buenos Aires, La Ley, 1981, pp. 7-72.

⁹ Cfr. Fairén Guillén, Víctor, “Consideraciones sobre el proceso aragonés de ‘manifestación de las personas’, en relación con el ‘hábeas corpus’ británico”, *Temas del ordenamiento procesal*, Madrid, Tecnos, 1979, tomo I, pp. 131-170; Sáenz de Tejada y de Olozaga, Francisco, *El derecho de manifestación aragonés y el “hábeas corpus” inglés*, Madrid, s. f., pp. 25 y 55; Vallarta, Ignacio L., *El juicio de amparo y el writ of hábeas corpus*, México, 1896.

¹⁰ Cfr. Silva Bascuñán, Alejandro, *Tratado de derecho constitucional*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1963, tomo II, pp. 324-332; Quinzio Figueroide, Jorge Mario, *Manual de Derecho Constitucional*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1969, pp. 243-246; Bernaschina González, Mario, *Manual de derecho constitucional*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1958, tomo II, pp. 161-163; Caffarena de Giles, Elena, *El recurso de amparo frente a los regímenes de emergencia*, Santiago, 1957, pp. 151-206.

¹¹ Cfr. Sagüés, Néstor Pedro, *Hábeas corpus*, cit., *supra* nota 8, pp. 57-62.

¹² Cfr. Brice, Ángel Francisco, “Hábeas corpus y derecho de amparo”, *Revista de Derecho y Legislación*, Caracas, octubre-noviembre de 1959, pp. 201-202; Miguel S., José A. de, “Amparo y hábeas corpus en la Constitución de 1961”, *Revista del Colegio de Abogados del Distrito Federal*, Caracas, julio-diciembre de 1965, pp. 41 y 55; Sierraalta, Morris, *Los recursos de amparo en el derecho constitucional venezolano*, Caracas, 1961; Sarmiento Núñez, José Gabriel y otros, “El amparo de la libertad y los actos judiciales”, *Estrados, Revista Nacional de Jurisprudencia*, Caracas, julio-septiembre de 1968, pp. 991-1022; Augod Freites, Esteban, “Algunos casos de amparo y hábeas corpus”, *Anuario*, 1969, Colegio de Abogados del Estado Lara, Barquisimeto, Venezuela, 1969, pp. 250-256.

¹³ Cfr. Fix-Zamudio, Héctor, “A Brief Introduction to the Mexican Writ of Amparo”, trad. de Carl E. Schwarz, *California Western International Law Journal*, vol. 9, núm. 3, primavera, 1979, pp. 317-318.

9. Si pasamos revista a las Constituciones latinoamericanas, el hábeas corpus o exhibición personal está regulado en las siguientes disposiciones: Argentina (en las Constituciones provinciales); Bolivia (1967), artículo 18; Brasil (1988), artículo 5, parágrafo LXVIII; Costa Rica (1949), artículo 48; Chile (1980), artículo 21; Ecuador (1978), artículo 19.17; El Salvador (1983), artículo 11; Guatemala (1985), artículo 263; Haití (1987), artículo 26.2; Honduras (1982), artículo 182; México (1917), artículos 103 y 107, como parte del juicio de amparo; Nicaragua (1987), artículo 189; Panamá (1972-1983), artículo 23; Paraguay (1967), artículo 78; Perú (1979), artículo 295; República Dominicana (1966), artículo 82.g; Uruguay (1967), artículo 17, y Venezuela (1961), disposición transitoria quinta.

10. En cuanto a las modalidades del hábeas corpus en Latinoamérica, podemos destacar que en varias ocasiones se le ha hipertrofiado para utilizarlo, a falta de un instrumento específico, para la tutela de 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 los citados derechos humanos, como se advierte tratándose del amparo y del *mandado de segurança*, que subsistan al lado de propio hábeas corpus, según lo podemos verificar en las páginas siguientes. Históricamente se señalan, en cuanto a la expansión del hábeas corpus, los casos de Argentina, Bolivia, Brasil y Perú, que no podemos detallar debido a las dimensiones de este pequeño estudio.¹⁴

¹⁴ Cfr. Eder, Phanor J., "Habeas Corpus Disembodied. The Latin American Experience", *Essays in Honor of Hessel Yntma*, Leyden, 1961, pp. 473 y ss.; Sánchez Viamonte, Carlos, *El hábeas corpus. Garantía de libertad*, 2a. ed., Buenos Aires, 1956; D'Hers, José Faustino, "Visión integral del amparo en el hábeas corpus de Sánchez Viamonte", *La Ley*, Buenos Aires, 7 de abril de 1966, pp. 1-6; Oblitas Poblete, Enrique, *Lecciones de derecho procesal penal*, Sucre, Bolivia, 1961, tomo II, pp. 232 y ss.; Durán P., Manuel, "Doctrina y práctica del hábeas corpus", *Revista de Estudios Jurídicos, Políticos y Sociales*, Sucre, Bolivia, mayo de 1950, pp. 155-194; Wald, Arnold, *O mandado de segurança na prática judiciária*, 3a. ed., Rio de Janeiro, Forense, 1968, pp. 19-35; Sidou, J. M. Othon, *As garantias ativas dos direitos coletivos. Habeas corpus, ação popular, mandado de segurança*, Rio de Janeiro, Forense, 1977, pp. 168-178; Bustamante Cisneros, Ricardo, "Constitución y hábeas corpus" y "Hábeas corpus y acción popular", ambos en *Revista del Foro*, Lima, enero-agosto de 1950 y enero-abril de 1961, pp. 4-55, 8-41; Cooper, H. H., "Apuntes críticos sobre el hábeas corpus en el Perú", *Derecho*, Lima, 1970, pp. 4-10; García Belaúnde, Domingo, "La evolución legislativa del hábeas corpus en el Perú (1897-1979)", *La nueva Constitución y el derecho penal*, Lima, 1980, pp. 67-98; Fix-Zamudio, Héctor, "Influencia del derecho angloamericano en la protección procesal de los derechos humanos en América Latina", *Festschrift für Karl Loewenstein*, Tübingen, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1971; pp. 485-508; ahora en el libro *Latinoamérica: Constitución, proceso y derechos humanos*, México, UDUAL-Miguel Ángel Porrúa, 1988, pp. 133-154.

III. DERECHO DE AMPARO

11. El proceso de amparo, calificado a veces como juicio y en otras como acción o recurso, surgió en el derecho latinoamericano como un aspecto de la revisión judicial estadounidense, pues si bien su denominación se debe a la tradición hispánica,¹⁵ los creadores de la institución en el ordenamiento mexicano, es decir, Manuel Crescencio Rejón, en la Constitución del Estado de Yucatán de 1841; Mariano Otero, en el documento denominado Acta de Reformas (a la Constitución Federal de 1824), expedida en mayo de 1847, y finalmente los constituyentes de 1856-1857, quienes consagraron definitivamente la institución en la Carta Federal de 5 de febrero de 1857,¹⁶ se inspiraron, y así lo reconocen de manera expresa, en el sistema judicial estadounidense, tal como había sido divulgado por Alexis de Tocqueville en su clásico libro *La democracia en América*.¹⁷

12. Una vez establecido en México el juicio de amparo en la citada Constitución Federal de 1857 (artículos 101 y 102), como instrumento específico para la tutela de todos los derechos de carácter individual consagrados constitucionalmente, incluyendo la libertad personal (y por tanto, abarcó desde sus inicios el hábeas corpus), trascendió a varios ordenamientos de América Latina.

13. El primer país que introdujo el amparo siguiendo el modelo mexicano, fue la República de El Salvador en su Constitución de 13 de agosto de 1886, y lo siguieron Honduras y Nicaragua en su Carta Fundamental y Ley Amparo, respectivamente, ambas en 1894; Guatemala en la Reforma Constitucional de 11 de marzo y Argentina en la Constitución de la Provincia de Santa Fe, del 13 de agosto, las dos de 1921; Panamá en su Carta Fundamental de 2 de enero de 1941; Costa Rica en su Ley Suprema de 1949; Venezuela en la Carta Federal de 1961; Bolivia, Paraguay y Ecuador (este último la suprimió posteriormente) en sus Cartas promulgadas en

¹⁵ Cfr. Fix-Zamudio, Héctor, "The Writ of Amparo in Latin America", trad. de Carl E. Schwarz, *Lawyers of the Americas*, vol. 13, núm. 3, invierno 1981, pp. 304-391.

¹⁶ Cfr. Fix-Zamudio, Héctor, "A Brief Introduction to the Mexican Writ of Amparo", cit., *supra* nota 13, pp. 312-333.

¹⁷ Cfr. Fix-Zamudio, Héctor, "The Confluence of Common Law and Continental European Law in the Mexican Writ of Amparo", cit., *supra* nota 1, pp. 4-8; *idem*, "El juicio de amparo mexicano y el derecho constitucional comparado", *Studi in onore di Paulo Biscaretti de Rufia*, Milán, Guiffirè, 1987, tomo I, pp. 413-460.

1967; Perú en la Constitución expedida en julio de 1979, que entró en vigor en julio de 1980; y finalmente Uruguay, en el Decreto Constitucional o Acto Institucional Número 19, del 1 de agosto de 1984.

14. También se estatuyó el amparo en las dos constituciones que pretendieron restablecer el régimen federal centroamericano disuelto en 1836, 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.

15. En la actualidad, el derecho de amparo está regulado por los ordenamientos fundamentales de: Argentina (si bien no se consagra en la Constitución Federal, sí en varias cartas provinciales y en la legislación nacional y local); Bolivia (1967), artículo 19; Costa Rica (1949), artículo 48; El Salvador (1983), artículo 247; Guatemala (1985), artículo 265; Honduras (1982), artículo 183; México (1917), artículos 103 y 107; Nicaragua (1987), artículo 188; Panamá (1972-1983), artículo 50; Paraguay (1967), artículo 77; Perú (1979), artículo 295; Uruguay (Acta Institucional Número 19 de 1984), artículo 6, inciso E, y Venezuela (1961), artículo 49.

16. A los anteriores deben agregarse las disposiciones fundamentales que consagran instituciones similares como el llamado "recurso de protección", establecido por el artículo 20 de la Constitución chilena de 1980, y el *mandado de segurança* (que algunos autores traducen al castellano como "mandamiento de amparo"), consagrado por el artículo 5, parágrafo LXIX, de la reciente Constitución Federal brasileña de 1988.¹⁸

17. Con objeto de sistematizar, así sea en forma relativa, esta materia tan compleja, consideramos necesario realizar una clasificación del derecho de amparo en su extensión protectora deteniéndonos sólo en aquellas que han tenido un desarrollo importante en la legislación, la jurisprudencia y la doctrina.

¹⁸ Cfr. Fix-Zamudio, Héctor, "The Writ of Amparo in Latin America", cit., *supra* nota 15, pp. 306-348; *idem*, "A Global Survey of Governmental Institutions to Protect Civil and Political Rights", *Denver Journal of International Law and Policy*, vol. XIII, núm. 1, verano, 1983, pp. 25-28; "El juicio de amparo latinoamericano", *idem*, *Estudios jurídicos en memoria de Alberto Vásquez del Mercado*, México, Porrúa, 1982, pp. 193-245; Silva, José Afonso da, "Jurisdição constitucional no Brasil e na América Latina", *Revista da Procuradoria Geral do Estado*, São Paulo, núm. 13-15, diciembre de 1979, pp. 105-171.

18. A. En un primer sentido, el amparo se entiende de manera exclusiva como un instrumento equivalente al hábeas corpus, pues sólo puede utilizarse para la tutela de la libertad de las personas físicas contra las detenciones indebidas, maltratos, o respecto de irregularidades en el procedimiento, y tal fue el significado que asumió en la Constitución chilena de 1925, artículo 16, reformado en 1943, y su regulación por el auto acordado de la Corte Suprema de Justicia, del 19 de diciembre de 1932, sobre tramitación y fallo del propio recurso de amparo;¹⁹ lo mismo sucede en algunos códigos procesales penales y constitucionales locales de Argentina que se refieren indistintamente al hábeas corpus o al amparo de la libertad, y también con la disposición transitoria quinta de la Carta venezolana de 1961 (véase *supra* párrafo 9).

19. B. En las legislaciones de Argentina, Venezuela, Guatemala, El Salvador, Costa Rica, Panamá, Bolivia, Paraguay, temporalmente en Ecuador y recientemente en Perú y Uruguay, el recurso o acción de amparo se regula como instrumento protector de los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente, con excepción de la libertad personal, que se tutela de manera autónoma a través del hábeas corpus o exhibición personal.

20. a) El derecho de amparo en la República Argentina ha sido objeto de una evolución muy acelerada, no obstante que su introducción es relativamente reciente, o sea, en el artículo 17 de la Constitución de la Provincia de Santa Fe de 1921.

21. En cuanto a este instrumento argentino debemos distinguir dos sectores: el ámbito provincial, en virtud de que la regulación de las materias procesales corresponden en forma coincidente a la Federación y a las Entidades Federativas y, en segundo lugar, la esfera nacional.

22. Por lo que se refiere a los ordenamientos provinciales, el recurso o acción de amparo se consagró primeramente, como se expresó con anterioridad, en el artículo 17 de la Constitución de Santa Fe de 1921, reglamentado por la Ley Número 2,994, del 1 de octubre de 1935, luego 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 Entidad, expedido en 1944 (conservándose la institución

¹⁹ Cfr. Estévez Gasmuri, Carlos, *Elementos de derecho constitucional*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1949, pp. 143-144; Caffarena de Giles, Elena, *El recurso de amparo frente a los regímenes de emergencia*, cit., *supra* nota 10, pp. 152-187.

en los artículos 818 a 829 del Código Procesal Civil y Comercial, de 14 de noviembre de 1969), y después en la Constitución de la provincia de Mendoza, de 31 de mayo de 1949.

23. Con posterioridad a la sublevación militar de 1955, que derrocó al primer gobierno del general Perón, el recurso o acción de amparo recibió un nuevo impulso, ya que fue regulado, entre otros, por los siguientes ordenamientos de carácter fundamental: Constituciones de las provincias de Catamarca (1966); Corrientes (1960); Chubut (1957); Formosa (1957); Misiones (1958); La Pampa (1960); Río Negro (1957), y Santa Fe (1962).

24. Pero además de los ordenamientos constitucionales de carácter local antes mencionados, se expidieron numerosas leyes reglamentarias, y sin pretender ser exhaustivos mencionamos las siguientes, todas ellas designadas como Ley de Acción de Amparo: Buenos Aires (1965-1966); Catamarca (1977); Córdoba (1967-1974); Corrientes (1970); Entre Ríos (1947-1963); La Rioja (1960); Mendoza (1954-1975); Misiones (1962-1963); Salta (1977); San Luis (1958); Santa Cruz (1955-1977-1978), y Santa Fe (1935-1969-1973).

25. Lo anterior, sin contar con otras legislaciones locales en las cuales la acción de amparo, como en el caso de Santiago del Estero, citado anteriormente (véase *supra* 22), se regula en los Códigos de Procedimientos Civiles o Penales, por lo que puede afirmarse que prácticamente todas las provincias argentinas han consagrado el derecho de amparo en sus ordenamientos constitucionales, leyes reglamentarias específicas o en sus códigos procesales.²⁰

26. En la actualidad existe un movimiento de renovación constitucional en las provincias argentinas, con motivo de la restauración del orden democrático, y en los nuevos ordenamientos se conserva la regulación de la acción de amparo.²¹ Entre ellos podemos señalar en

²⁰ Cfr. Fix-Zamudio, Héctor, "Latin American Procedures for the Protection of the Individual", cit., *supra* nota 7, pp. 77-86; *idem*, "Verfassungskontrolle in Lateinamerika", trad. de Hans Dieter Nahme y Hans-Rudolf Horn, *Jarbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart*, Tübingen, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1976, pp. 603-604; Rohr, Hans Cristoph von, *Der argentinische Amparo-Prozess unter Berücksichtigung anlicher Verfarensarten in Brasilien, Mexiko und Peru*, Bonn, Ludwig Röhrscheid Verlag, 1969, pp. 35-77; Barberis, Julio A., "Verfassungsgerichtsbarkeit in Argentinien", en *Verfassungsgerichtsbarkeit in der Gegenwart*, Köln-Berlin, Heymanns, 1962, pp. 39-74; Sagüés, Néstor Pedro, *La Ley de Amparo*, Buenos Aires, Astrea, 1979, pp. 1-37; Lazzarini, José Luis, *El juicio de amparo*, 2a. ed., Buenos Aires, La Ley, 1987, pp. 15-90.

vía de ejemplo: Constituciones de las provincias de Córdoba (26 de abril de 1987), artículo 48; Jujuy (22 de octubre de 1986), artículo 41; La Rioja (agosto de 1986), artículo 28; Salta (2 de junio de 1986), artículo 85; San Juan (23 de abril de 1986), artículo 40; San Luis (14 de marzo de 1987), artículo 45, y Santiago del Estero (15 de marzo de 1986), artículo 38.

27. En la esfera nacional, la acción de amparo surgió primero en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, a través de los casos Ángel Siri (27 de diciembre de 1957) y Samuel Kot (15 de septiembre de 1958).²² Habiéndose ampliado en forma considerable en virtud de los fallos de los tribunales federales que admitieron el derecho de amparo no sólo en contra de actos de autoridad, sino también respecto de organismos públicos descentralizados y algunos grupos de presión.²³

28. El gobierno militar de entonces expidió la Ley Nacional sobre Acción de Amparo, Número 16,986, del 18 de octubre de 1966, que restringió el ámbito de este instrumento procesal, especialmente en relación con los

²¹ Cfr. Frías, Pedro; Bidart Campos, Germán, Quiroga Lavié, Humberto y otros. *La reforma de las Constituciones provinciales*, 2a. ed., Buenos Aires, Senado de la Nación, 1985.

²² Cfr., entre otros, Carrió, Genaro R., *Recurso de amparo y técnica judicial. Análisis crítico del caso "Kot"*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1959; Houssay, Abel, *Amparo judicial y su influencia en la jurisprudencia*, Buenos Aires, Depalma, 1961; Orgaz, Alfredo, *El recurso de amparo. Comentarios a los casos "Siri" y "Kot"*, Buenos Aires, 1961; Rivas, Adolfo Armando, *El amparo*, Buenos Aires, Ediciones La Rocca, 1987, pp. 7-14; Linares Quintana, Segundo V., "Modificación de la jurisprudencia de la Corte Suprema sobre el amparo de la libertad", *La Ley*, Buenos Aires, 7 de marzo de 1958, pp. 1-2; Repetto, Roberto, "El recurso de amparo en la nueva interpretación de la Corte Suprema de La Nación", *Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, 4 de noviembre de 1958, pp. 1-5. La parte esencial de estos dos fallos en los amparos Siri y Kot han sido traducidos al inglés y publicados en los trabajos recopilativos de Karst, Kenneth L., *Latin American Legal Institutions. Problems from Comparative Study*, Los Ángeles, University of California, Latin American Center, 1986, pp. 652-658, y Karst, Kenneth L. y Rosenn, Keith S., *Law and Development in Latin America. A Case Book*, Berkeley-Los Ángeles, University of California Press, 1975, pp. 161-165.

²³ Cfr. Vocos Conesa, Eduardo, "La demanda de amparo en la jurisprudencia de la Corte Suprema Nacional desde Siri y Kot hasta el 25 de octubre de 1969", *Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, 12 y 15 de diciembre de 1969, pp. 1-3, 19-29; Comentario, "Acción de amparo, condiciones de admisibilidad (actualización jurisprudencial 1964-1969)", *La Ley*, Buenos Aires, 16-17 de septiembre de 1969, pp. 1-11, 3-10; Amadeo, José Luis, "Interpretación jurisprudencial del amparo y su inclusión en las Constituciones provinciales (reseña jurisprudencial)", *Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, 20 y 21 de abril de 1961, pp. 1-7, 1-3. Algunos fallos sobre esta materia se incluyen en la traducción inglesa en las recopilaciones de Karst y de Karst y Rossen, citadas en la nota anterior, pp. 658-673 y 165-183, respectivamente.

actos que afectan la seguridad nacional y la continuidad de los servicios públicos, limitando también su procedencia respecto de los grupos de presión, por lo que este ordenamiento ha sido objetado por parte de la doctrina.²⁴

29. Para sustituir el amparo en el último sector mencionado, se estableció el llamado proceso sumarísimo o “amparo contra los actos de particulares”, en el artículo 321 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, del 29 de septiembre de 1967.²⁵

30. b) La Constitución venezolana de 26 de enero de 1961 *estatuó* el amparo en su artículo 49, también como instrumento para tutelar todos los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente, con excepción de la libertad personal protegida por el hábeas corpus, según las reglas de la disposición transitoria quinta de la propia Carta Constitucional (véase *supra* párrafo 9).

31. En virtud de que la ley reglamentaria se expidió muy recientemente, con anterioridad se produjo un intenso debate tanto doctrinal como jurisprudencial sobre la aplicabilidad inmediata del citado precepto constitucional, como ocurrió en Argentina en el ámbito federal previamente a la expedición de la ley de octubre de 1966 (véase *supra* párrafo 28). En una primera etapa, los jueces admitieron la procedencia de este instrumento tutelar, pero después de un periodo de incertidumbre, la Sala

²⁴ Cfr. Robredo, Alberto F., “La acción de amparo en la reciente Ley 16,986”, *La Ley*, Buenos Aires, 3 de noviembre de 1966, p. 3; Fiorini, Bartolomé A., “Acción de amparo. Graves limitaciones e inconsecuencias que la desnaturalizan”, *La Ley*, Buenos Aires, 24 de noviembre de 1966, pp. 1-3; Bidart Campos, Germán J., “La nueva Ley de Amparo”, *Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, 29 de noviembre de 1966, pp. 1-3; Dana Montaña, Salvador, “La reglamentación legal del amparo jurisdiccional de los derechos y garantías”, *La Ley*, Buenos Aires, 8 de diciembre de 1966, pp. 1-7; Rivas, Adolfo Armando, *El amparo*, cit., *supra*, nota 22, pp. 53-97.

²⁵ Dicho artículo 321 establece: “Proceso sumarísimo. Será aplicable el procedimiento establecido por el artículo 498 (trámite rápido y concentrado), cuando se reclamase contra un acto u omisión de un particular que, en forma actual o inminente, lesione, restrinja, altere o amenace con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta algún derecho o garantía explícita o implícitamente reconocida por la Constitución Nacional, siempre que fuere necesaria la reparación urgente del perjuicio o de la cesación inmediata de los efectos del acto y la cuestión, por su naturaleza, no debe suscitarse por alguno de los procesos establecidos por este Código y otras leyes...” Cfr. Bidart Campos, Germán J., *Régimen legal y jurisprudencial del amparo*, Buenos Aires, Ediar, pp. 113-118; Rivas, Adolfo Armando, *op. ult. cit.*, pp. 359-373.

Político-Administrativa de la Corte Suprema, en sus resoluciones de 14 de diciembre de 1970 y 24 de abril de 1972, decidió que el amparo no era procedente sin la previa expedición de la ley reglamentaria.²⁶

32. Después de un periodo de calma se reanudó la polémica, ya que se intentó nuevamente la procedencia del amparo por la vía jurisprudencial; desarrollo que culminó con la decisión de la propia Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema, del 20 de octubre de 1983, por la cual modificó su criterio de los años 1970-1972, al establecer la posibilidad de admisión del propio amparo, aun sin el apoyo de la ley respectiva, lo que provocó un renacimiento de la institución ante diversos jueces y tribunales, y además la presentación de varios proyectos de legislación reglamentaria ante el Congreso Federal.²⁷

33. La última experiencia jurisprudencial y los diversos proyectos legislativos determinaron la expedición de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, el 18 de diciembre de 1987, promulgada el 22 de enero de 1988.

34. Este ordenamiento no sólo reglamenta el amparo propiamente dicho regulado por el artículo 49 de la Carta Federal de 1961 (véase *supra* párrafo 15), sino también el hábeas corpus, a través de un procedimiento específico, que califica "Del amparo de la libertad y seguridad personales" (título V, artículos 38-48).

35. En cuanto al proceso de amparo en estricto sentido, es decir, para proteger los derechos humanos diversos de la libertad personal, el citado ordenamiento, al recoger la jurisprudencia mencionada en los párrafos anteriores, sigue un criterio muy flexible, similar al de la jurisprudencia nacional argentina anterior a la ley de octubre de 1966 (véase *supra* párrafo 27), puesto que el citado instrumento procede no sólo en contra de actos de autoridades de cualquier nivel, sino también respecto de particulares,

²⁶ Cfr. Escovar Salom, Ramón, *El amparo en Venezuela*, Caracas, Ediciones del Colegio de Abogados del Distrito Federal, 1971, pp. 57-92; Fix-Zamudio, Héctor, "Algunos aspectos comparativos del derecho de amparo en México y en Venezuela", *Libro homenaje a la memoria de Lorenzo Herrera Mendoza*, Caracas, Fundación Rojas Astudillo, tomo II, 1970, pp. 33-390; Brewer Carías, Allan R., *Garantías constitucionales de los derechos del hombre*, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 1976, pp. 7485; *idem*, *Estado de Derecho y control judicial*, Alcalá de Henares, España, Instituto Nacional de Administración Pública, 1987, pp. 589-637.

²⁷ Cfr. Molina Galicias, René, *El amparo a Rondalera*, Caracas, Ediciones Síntesis Jurídica, 1984.

personas jurídicas colectivas, grupos y organizaciones privadas (artículo 2). La citada institución protege además de los derechos humanos consagrados en la Carta Fundamental, también aquellos derechos fundamentales de la persona humana que no figuren expresamente en la propia Constitución (artículo primero).²⁸

36. c) Por lo que se refiere al ordenamiento constitucional peruano, el derecho de amparo se introdujo en la Constitución expedida en julio de 1979, que entró en vigor un año posterior al restablecimiento del gobierno civil, después de una larga evolución que se inicia en el artículo 69 de la Constitución anterior, de 1933, en la cual se confundió con el *habeas corpus*.²⁹

37. Dicha evolución desembocó en lo dispuesto por el artículo 295 de la mencionada Constitución de 1979, ya que este precepto distingue claramente entre el citado *habeas corpus*, que se restringe a su dimensión tradicional de proteger la libertad personal, de la llamada acción de amparo, la cual, según la mencionada disposición constitucional, tutela los demás derechos consagrados por la Constitución cuando son vulnerados o amenazados por cualquier autoridad, funcionario o persona.³⁰ La propia institución fue reglamentada por la Ley de 7 de diciembre de 1982, que atribuye la instancia final de ambos instrumentos al Tribunal de Garantías Constitucionales.³¹

38. d) Uruguay es el más reciente de los ordenamientos sudamericanos que adoptó el juicio de amparo, en el mencionado Decreto Constitucional o Acta Institucional Número 19, del 15 de agosto de 1984 (ver *supra* párrafo 15), que estableció las bases para el retorno al régimen democrático, y en cuyo artículo 6, inciso e), dispuso en su parte conducente: "Cualquier

²⁸ Cfr. Brewer Carías, Allan R. y Ayala Corao, Carlos M., *Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales*, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 1988.

²⁹ Cfr. los autores y trabajos citados en la parte final de la nota 14.

³⁰ Cfr. García Belaúnde, Domingo, "Protección procesal de los derechos fundamentales en la Constitución peruana de 1979", *Derecho*, Lima, núm. 35, 1981, pp. 75-76; Borea Odria, Alberto, *La defensa constitucional: el amparo*, Lima, Biblioteca Peruana de Derecho Constitucional, 1977; *idem*, *El amparo y el habeas corpus en el Perú de hoy*, Lima, Biblioteca Peruana de Derecho Constitucional, 1985; *idem*, "La acción de amparo", *Ley Orgánica del Tribunal de Garantías Constitucionales. Ley de habeas corpus*, Lima, s. f., al parecer, 1983, pp. 169-180; Zubieta Reina, Fernando, *Acción de amparo*, Lima, Cultural Cuzco Editores, 1986.

³¹ Cfr. Fix-Zamudio, Héctor, "La ley peruana de habeas corpus y amparo", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 50, mayo-agosto de 1984, pp. 573-582.

persona podrá deducir la acción de amparo contra todo acto y omisión de las autoridades o de particulares que en forma actual o inminente lesionen, restrinjan o alteren, con ilegitimidad manifiesta cualquiera de los derechos y libertades reconocidos por la Constitución (de 1967), con excepción de los amparados por el hábeas corpus". Si bien el mismo precepto establece la necesidad de una ley reglamentaria que determine el órgano competente, la procedencia de la acción, el alcance y contenido de la sentencia, así como el procedimiento, que será sumario (breve) y predominantemente oral; como dicho ordenamiento reglamentario no se ha expedido todavía, los tribunales han admitido y tramitado dicho instrumento con el argumento de que la falta de reglamentación no puede ser obstáculo para el cumplimiento de la citada disposición fundamental, por lo que las lagunas existentes deben integrarse mediante leyes análogas, principios generales de derecho y doctrinas generalmente admitidas.³²

39. C. Existe un tercer sector de ordenamientos constitucionales latinoamericanos que otorgan al amparo una amplitud mayor que los mencionados anteriormente, pues conservan más cercana la influencia del derecho mexicano, en cuanto a que la institución no sólo comprende la protección de los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente contra todo acto o resolución de autoridad, y en algunos supuestos inclusive de grupos sociales, sino también la impugnación de las disposiciones legislativas que afecten los propios derechos, tomando en consideración que, en este último supuesto, la sentencia protectora se traduce en la desaplicación de las disposiciones impugnadas, en beneficio exclusivo del promovente, es decir, que sus efectos son individuales, con excepción de los matices que se advierten en Costa Rica y Panamá, pues en los últimos dos ordenamientos se ha impuesto la declaración general de inconstitucionalidad (véase *infra* párrafo 78).

40. D. Haremos una breve referencia al juicio de amparo mexicano, en virtud de que posee una amplitud tutelar mucho más extensa que las instituciones similares de los ordenamientos latinoamericanos. Esta institución está consagrada en los artículos 103 y 107 de la Constitución

³² Cfr. Esteva, Eduardo G., "La acción de amparo ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo en su nueva integración", y el texto de la sentencia de 21 de junio de 1985, *Revista Uruguaya de Derecho Constitucional y Político*, Montevideo, junio-julio de 1985, pp. 66-68.

Federal de 5 de febrero de 1917 y por la Ley de Amparo de 30 de diciembre de 1935, reformada en varias ocasiones posteriores, especialmente en 1951, 1963, 1968, 1976, 1983 y 1988. Posee un ámbito tutelar que puede dividirse en cinco categorías: *a*) como instrumento protector de la libertad personal, similar al hábeas corpus, puesto que procede respecto de detenciones y afectaciones de la integridad personal realizadas por autoridades administrativas (véase *supra* párrafos 5 y 7); *b*) como el único medio para impugnar las leyes inconstitucionales en casos concretos, y entonces recibe el nombre de amparo contra leyes; *c*) como medio de impugnación de último grado contra las resoluciones judiciales de todos los tribunales del país, tanto locales como federales, sector al que se le ha denominado "amparo-casación"; *d*) como instrumento para impugnar las resoluciones o actos de las autoridades administrativas, cuando los mismos no puedan combatirse ante un tribunal administrativo, por lo que funciona este sector como un proceso contencioso administrativo, y *e*) finalmente, a partir de las reformas de febrero de 1963, se han introducido modalidades especiales para tutelar procesalmente a los campesinos sujetos a la reforma agraria (población ejidal o comunal y derechos individuales de ejidatarios y comuneros), disposiciones que se agruparon en 1976 en un libro de la Ley Reglamentaria. Esta institución ha recibido la denominación doctrinal de amparo social agrario.³³

41. Dentro de este sector de los instrumentos protectores de los derechos humanos consagrados en las Constituciones latinoamericanas, debemos comprender también aquellos que asumen una función similar a la acción, recurso o juicio de amparo, descrito en los párrafos anteriores, y que son, como lo señalamos con anterioridad (véase *supra* párrafo 16), el *mandado de segurança* brasileño y el recurso de protección chileno.

42. E. La denominación *mandado de segurança* ha sido traducida al castellano por algunos tratadistas como "mandamiento de amparo", por su similitud y puntos de contacto con el juicio de amparo de otros ordenamientos latinoamericanos.³⁴ Este instrumento tutelar fue introducido en el artículo 113, parágrafo 33, de la Constitución Federal brasileña de 1934, y actualmente está regulado por el artículo 5, parágrafo LXIX, de la nueva

³³ Cfr. Fix-Zamudio, Héctor, "A Brief Introduction to the Mexican Writ of Amparo", cit., *supra* nota 13, pp. 316-329.

Carta Federal brasileña promulgada el 5 de octubre. Dicho precepto está todavía reglamentado por la Ley Número 1,533, del 31 de diciembre de 1951 (expedida bajo la vigencia de la Carta Federal de 1946), reformada en varias ocasiones posteriores.³⁵

43. El *mandado de segurança* o de amparo procede esencialmente contra los actos inconstitucionales o ilegales de autoridades administrativas, y en general contra actos administrativos de cualquier autoridad, que afecten los derechos de los gobernadores, y sólo de manera excepcional puede promoverse contra resoluciones judiciales.³⁶ En principio tampoco puede interponerse directamente en contra de las disposiciones legislativas que se consideren inconstitucionales, ya que sólo pueden

³⁴ El tratadista español Fraga Iribarne, Manuel, traduce dicha institución brasileña como "mandamiento de amparo", en su versión española de "La Constitución brasileña de 1946", en la obra de Cavalcanti, T.V., *Las Constituciones del Brasil*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1958, pp. 685-686; y también se refieren a este instrumento procesal brasileño con el nombre de "amparo", los juristas argentinos Sánchez Viamonte, Carlos, *Juicio de amparo*, Buenos Aires, Omeba, 1963, pp. 43-47, y Lazzarini, José Luis, *El juicio de amparo*, cit., *supra* nota 20, pp. 53-64.

³⁵ Se han elaborado varios estudios comparativos entre el juicio de amparo mexicano y el *mandado de segurança* brasileño, entre los que pueden mencionarse los redactados por Buzaid, Alfredo, "Juicio de amparo e mandado de segurança", *Revista de la Facultad de Derecho de México*, núm. 37-40, enero-diciembre de 1960, pp. 107-150; Fix-Zamudio, Héctor, "Mandato de seguridad y juicio de amparo", *Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México*, núm. 46, enero-abril de 1963, pp. 3-69; Sidou, J. M. Othon, *O juicio de amparo*, Recife, Brasil, 1968; Fix-Zamudio, Héctor, Ríos Espinoza, Alejandro y Alcalá-Zamora y Castillo, Niceto, *Tres estudios sobre el mandato de seguridad brasileño*, México, UNAM, 1963; Ríos Espinoza, Alejandro, "Mandamiento de seguridad", *Revista de la Facultad de Derecho de México*, núm. 53, enero-marzo de 1964, pp. 77-110. Además de los estudios mencionados en la nota 14, que abordan tanto el hábeas corpus como el amparo en el derecho brasileño, pueden consultarse también las obras siguientes: Castro Nunes, José, *Do mandado de segurança*, 6a. ed., Rio-São Paulo, Forense, 1961; Agrícola Barbi, Celso, *Do mandado de segurança*, 3a. ed., Rio de Janeiro, Forense, 1977; Lopes Mirelles, Helly, *Mandado de segurança e ação popular*, 2a. ed., São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1969; Flaks, Milton, *Mandado de segurança. Pressupostos da impetração*, Rio de Janeiro, Forense, 1980. También pueden consultarse las traducciones al inglés sobre doctrina y jurisprudencia de esta institución brasileña en las obras del tratadista estadounidense Karst y del mismo autor conjuntamente con su compatriota Rosenn, citados *supra* nota 22, pp. 646-651, 99-125, respectivamente.

³⁶ Cfr. Estelita, Guilherme, "Mandado de segurança contra ato jurisdiccional", *Atti del Congresso Internazionale di Diritto Processuale Civile*, Padua, Cedam, 1953, pp. 2237 y ss.; Casa Rui Barbosa, *O mandado de segurança e sua jurisprudência*, Rio de Janeiro, 1961, tomo I, p. 278; Galvão Filho, Tito, *Dicionário de jurisprudência no mandado de segurança*, Curitiba, Paraná, Brasil, 1960, pp. 28-33; Buzaid, Alfredo, "Juicio de amparo e mandado de segurança", citado en la nota anterior, p. 145.

impugnarse los actos o resoluciones administrativas que se apoyen en dichos ordenamientos, si bien se han elaborado proyectos legislativos, a fin de que, por excepción, se puedan combatir leyes en abstracto, cuando se demuestre que sus efectos futuros pudieran causar daños de difícil o incierta reparación.³⁷

44. F. El llamado recurso de protección fue consagrado por el Acta Institucional Número 3, publicada el 13 de septiembre de 1976 y expedida por el gobierno militar chileno. Fue reglamentada por el Auto acordado de la Corte Suprema de 2 de abril de 1977. Este mismo instrumento fue incorporado al artículo 20 de la Constitución aprobada por plebiscito de septiembre de 1980. De acuerdo con estos ordenamientos, el citado recurso tiene por objeto proteger los derechos humanos consagrados constitucionalmente contra los actos violatorios de las autoridades públicas, con excepción de la libertad personal tutelada por el hábeas corpus, este último consagrado en el artículo 21 de la mencionada Constitución.³⁸ Como puede observarse, se trata en realidad de un proceso de amparo con otra denominación, únicamente por motivos de carácter político.

IV. REVISIÓN JUDICIAL

45. Es muy conocida la influencia que tuvieron, en el pensamiento de los juristas y políticos latinoamericanos con posterioridad a la independencia de España y de Portugal, las obras fundamentales que divulgaron el sistema constitucional de los Estados Unidos, que, como se ha dicho, se tomó de paradigma para la mayoría de las Constituciones de nuestra región (véase *supra* párrafos 1 y 2); trasplante que se hizo con la idea ingenua de que los textos constitucionales podrían, por sí solos, resolver los graves problemas sociales de nuestros países.³⁹

46. Estas obras fueron, en primer lugar, el libro de Alexis de Tocqueville, *La democracia en América*, ya mencionado con anterioridad (véase *supra*

³⁷ Cfr. Castro Nunes, José, *O mandado de segurança*, cit. *supra* nota 35, pp. 117-122; Brandao Cavalcanti, Themistocles, *Do mandado de segurança*, 4a. ed. Rio de Janeiro-São Paulo, Livraria Freitas Bastos, 1957, pp. 184-188; Galvão Filho, Tito, *op. ult. cit.*, 156-160.

³⁸ Cfr. Soto Kloss, Eduardo, *El recurso de protección. Orígenes, doctrina y jurisprudencia*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1982.

³⁹ Cfr. Fix-Zamudio, Héctor, "Estado social de derecho y cambio social", *Memoria de III Congreso Nacional de Derecho Constitucional* (1983), México, UNAM, 1984, pp. 349-367.

párrafo 11), el que fue bien conocido a través de la traducción castellana de Sánchez de Bustamante, aparecida en París en 1836, pero que se divulgó ampliamente en nuestra Región.⁴⁰

47. El famoso libro *El federalista*, que contiene artículos periodísticos de Alexander Hamilton, James Madison y John Jay, no tuvo una divulgación tan amplia en Latinoamérica, como el libro de Tocqueville, pero también fue conocido por nuestros publicistas fragmentariamente en español,⁴¹ algunos de los cuales consultaron dicha obra en las ediciones francesas de 1792 y 1794,⁴² además de la traducción portuguesa de 1840 y las versiones castellanas aparecidas en Argentina en 1868 y 1887.⁴³

48. Esta revisión judicial de la constitucionalidad de las disposiciones legislativas y de los actos de autoridad podemos calificarla también de "sistema americano"⁴⁴ de control constitucional, en virtud de que no sólo surgió en los Estados Unidos a través de la práctica realizada por los tribunales coloniales, su consagración en la Constitución Federal de 1787 y del desarrollo posterior de la jurisprudencia de la Corte Suprema Federal, sino también porque ha predominado en nuestro continente, desde Canadá hasta Argentina.

49. Desde un punto de vista esquemático, se puede caracterizar dicha revisión judicial americana como la facultad otorgada al órgano judicial difuso (es decir, a todos los jueces sin tomar en cuenta su jerarquía) para resolver las cuestiones de inconstitucionalidad de las leyes, siempre que

⁴⁰ Esta traducción castellana apareció en París en 1836. La primera edición de esta obra fue publicada en francés por Charles Gosselin, 1835, y la primera traducción al inglés como *Democracy in America*, trad. de R. Reeve, Londres, 1835. Es significativo que una reimpresión de la traducción castellana de Sánchez de Bustamante se haya publicado en México en 1855, año en que se convocó el Congreso Constituyente que expidió la Carta Federal de 1857, la que consagró definitivamente el amparo.

⁴¹ Según el tratadista mexicano, Reyes Heróles, Jesús, *El liberalismo mexicano*, México, UNAM, 1958, tomo III, pp. 343-347. *El federalista* fue publicado fragmentariamente en castellano en varios periódicos mexicanos entre 1827 y 1830. A su vez, el argentino Enrique de Gandía afirma que una traducción parcial, también al castellano, apareció en Caracas en 1826, *Historia de las ideas políticas en Argentina, I. Las ideas políticas en la época hispánica*, Buenos Aires, Depalma, 1960, pp. 249-250.

⁴² Cfr. Gandía, Enrique de, *op. ult. cit.*, p. 20.

⁴³ Cfr. Velasco, Gustavo R., "Prólogo" y trad., *El federalista*, 2a. ed., México, Fondo de Cultura Económica, 1957, p. XV.

⁴⁴ El que se ha calificado por el tratadista Grant, J. A. C., *El control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes*, cit., *supra* nota 3, como "una contribución de las Américas a la ciencia política", p. 2.

sean planteadas por las partes o de oficio por el juez de la causa, en una controversia concreta. Este planteamiento se ha calificado, de manera incorrecta, como vía de excepción, pero los procesalistas italianos lo han denominado, con mejor técnica, como "cuestión prejudicial",⁴⁵ si se toma en cuenta que el problema de inconstitucionalidad debe considerarse como un aspecto incidental (procesalmente hablando) de la controversia principal en la cual se plantea.

50. Un aspecto muy importante consiste en los efectos de la sentencia que declara la inconstitucionalidad de la ley, y que se traduce en la des-aplicación de la propia ley en ese caso concreto, ya que el fallo únicamente surte efecto entre las partes en la controversia en la cual se planteó o surgió la cuestión de inconstitucionalidad.

51. Al imponerse paulatinamente la citada revisión judicial de origen estadounidense en las Constituciones latinoamericanas, en combinación con la tradición hispánica (véase *supra* párrafo 3) y la atracción ejercida por las Cartas revolucionarias francesas,⁴⁶ se abandonaron, también de manera escalonada, los primeros intentos de control de la constitucionalidad de las leyes por el órgano legislativo, de acuerdo con el ejemplo de los artículos 372 y 373 de la Constitución española de Cádiz de 1812, la que además de haberse implantado, así sea formalmente, en las antiguas colonias españolas que entonces luchaban por su independencia, tuvo también considerable influencia, aun cuando no sea tan aparente, en los primeros años de vida independiente.⁴⁷

52. Según el documentado estudio del tratadista estadounidense Phanor J. Eder, el primer documento constitucional que estableció la revisión judicial de la constitucionalidad de las leyes, fue la Carta de Yucatán de mayo de 1841 (que también estableció el derecho de amparo) (véase *supra* párrafo 11), instrumento que podía invocarse por conducto del citado pro-

⁴⁵ Cfr. Cappelletti, Mauro, *La pregiudizialità costituzionale nel processo civile*, Milán, Giuffrè, 1957, pp. 50-59.

⁴⁶ Cfr. Fix-Zamudio, Héctor, trabajos citados *supra* nota 17.

⁴⁷ Cfr. Eder, Phanor J., "Judicial Review in Latin America", *Ohio Law Journal*, otoño de 1960, pp. 572-573. Como ejemplo podemos mencionar los artículos 164 y 165 de la Constitución Federal mexicana de 1824, en los cuales se encomendó al Congreso General el control de la constitucionalidad de las disposiciones legislativas, y en varias ocasiones declaró la nulidad de ordenamientos de carácter local. Cfr. Tena Ramírez, Felipe, "El control de la constitucionalidad bajo la vigencia de la Constitución de 1824", *Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia*, México, núm. 46, abril-junio de 1960, pp. 31-38.

ceso de amparo ante el Pleno de la Suprema Corte de Justicia del Estado (artículo 62, fracción D, es decir, funcionaba como régimen concentrado, pero también se adoptó el sistema difuso, en virtud de lo dispuesto por el artículo 75 del citado ordenamiento, el cual obligaba a los jueces a preferir la Constitución local sobre cualquier disposición legislativa en contrario. A continuación se introdujo la citada revisión judicial, con diversos matices en las Constituciones de Haití (1843), artículo 162; México en el ámbito nacional (1847, como reforma a la Carta Federal de 1824), artículo 25; Bolivia (1851), artículo 82; Argentina (1853-1860), artículo 100, y así sucesivamente.⁴⁸

53. Inclusive los dos últimos reductos del control de la legislación por parte del parlamento, bajo la influencia europea de Juan Jacobo Rousseau, quien consideró al órgano legislativo como representante de la voluntad general;⁴⁹ es decir, los ordenamientos del Perú y Ecuador abandonaron la tradición europea, al consagrar la revisión judicial en años recientes, el primero, en el artículo 8 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 23 de julio de 1963 (artículo 295 de la Carta de 1979), y el último introdujo la institución en el artículo 178 de la Constitución vigente de 1978.

54. En la actualidad y en forma sintética, podemos afirmar que consagran con diversas modalidades el sistema americano de revisión judicial, es decir, con efectos en los casos concretos en los cuales se plantea, las siguientes Cartas Fundamentales: Argentina (1853-1860), artículo 100; Bolivia (1967), artículo 228; Brasil (1988), artículo 102, fracción III; Colombia (1886), artículo 216; Chile (1980), artículo 80; Ecuador (1978), artículo 178; El Salvador (1983), artículo 174; Guatemala (1985), artículo 266; Haití (1987), artículo 183; Honduras (1982), artículos 184-185; México (1917), artículos 102 y 107; Nicaragua (1987), artículo 187; Panamá (1972-1983), artículo 203; Paraguay (1967), artículo 200; Perú (1979), artículo 295; Uruguay (1967), artículos 256-257, y Venezuela (1961), artículo 215.

55. Se pueden señalar dos categorías en el régimen de la revisión judicial de la constitucionalidad de las leyes. La primera, es la que consagra el sistema difuso del modelo estadounidense, es decir, la impugnación

⁴⁸ Cfr. Eder, Phanor J., *op. ult. cit.*, 571-572.

⁴⁹ *El contrato social*, trad. de Enrique de la Rosa, libro II capítulos VI a XII, sobre la ley y el legislador, Buenos Aires, Ediciones del Mirasol, 1961, pp. 177-191.

de las leyes puede plantearse por las partes en los procesos ordinarios concretos, o de oficio por todos los jueces, con independencia de su jerarquía, quienes tienen facultad para decidir esta cuestión en vía incidental (erróneamente calificada como vía de excepción) (véase *infra* párrafo 59), sin perjuicio de que a través de los diversos medios de impugnación, los asuntos puedan llegar a la Corte Suprema.

56. La segunda categoría corresponde a los ordenamientos que han adoptado un régimen concentrado, en cuanto los jueces inferiores no pueden decidir sobre las cuestiones de inconstitucionalidad de las leyes que se les plantean en los procesos concretos de que conocen, sino que deben elevar dichas cuestiones a las Cortes Supremas para su decisión. En algunos supuestos deben suspender el procedimiento y en otros, continuarlos.

57. Dentro del primer sector podemos situar a las Cartas Constitucionales de Argentina, Brasil, Colombia, Guatemala, Honduras, México (únicamente ante los tribunales federales), Nicaragua, Perú, Venezuela y Uruguay, y en la segunda categoría, es decir, cuando la decisión corresponde sólo a las Cortes Supremas, a los ordenamientos fundamentales de Bolivia, Chile, Ecuador, El Salvador, Haití, Panamá y Paraguay.

58. En todos los casos mencionados debe señalarse que el control judicial con efectos particulares para los casos concretos no es incompatible con la declaración general de inconstitucionalidad. Por otra parte, la citada revisión judicial abarca los diversos sectores de las Cartas Fundamentales, es decir, que procede cuando las disposiciones legales violan los preceptos constitucionales relativos a los derechos humanos, como aquellos que establecen las atribuciones y competencias de los órganos públicos. Sin embargo, consideramos que la revisión judicial es uno de los instrumentos de tutela de los citados derechos humanos, en virtud de que son numerosas las hipótesis en las cuales la impugnación de las disposiciones legislativas se refiere a que el ordenamiento impugnado lesiona los derechos individuales o sociales de los gobernados, ya sea en forma directa, o bien que al invadir la esfera de atribuciones de otros órganos de autoridad, afecta de manera mediata los propios derechos.

V. LA RECIENTE INFLUENCIA DEL SISTEMA EUROPEO DE TRIBUNALES CONSTITUCIONALES

59. Hemos señalado en párrafos anteriores que la influencia angloamericana se impulsó de manera paulatina pero firme en la totalidad de las Constituciones latinoamericanas. Sin embargo, en época reciente, es decir, con posterioridad a la segunda posguerra, al extenderse considerablemente en Europa continental y en otros ordenamientos, el llamado sistema austriaco de control de la constitucionalidad de los actos de autoridad, calificado así por haber tenido su origen en la Constitución austriaca de 1920.⁵⁰ Se inició su trascendencia en algunos ordenamientos de América Latina, primero de manera incipiente, pero en los últimos años con mayor vigor,⁵¹ sin que por ello se afecte la tradición "americana", o sea, sin que se produzca la incompatibilidad con la desaplificación de las disposiciones legislativas en los procesos individuales y por los jueces ordinarios o, en su caso, por la Corte Suprema, contrariamente a lo que ocurrió en el continente europeo, el cual ha impuesto el criterio opuesto al prohibir a los propios jueces ordinarios la decisión de las cuestiones de inconstitucionalidad en los casos concretos que conocen.⁵²

60. En forma esquemática podemos caracterizar el sistema que hemos denominado "austriaco", pero que también se ha calificado como "europeo continental" (por la influencia que ha tenido sobre los tribunales constitucionales europeos), como la atribución a un órgano especializado, denominado Corte o Tribunal Constitucional, cuya naturaleza sigue siendo debatida,⁵³ 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

⁵⁰ Cfr. Favoreu, Louis, "Europe occidental", *Le contrôle juridictionnel des lois. Légitimité, efficacité et développements récents*, París, Economica-Presses Universitaires d'Aix Marseille, 1986, pp. 17-68.

⁵¹ Cfr. Favoreu, Louis, *Les Cours Constitutionnelles*, París, Presses Universitaires de France, 1986, pp. 120-121.

⁵² Cfr. García de Enterría, Eduardo, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid, Civitas, 1981, pp. 49-59.

⁵³ Cfr. Fix-Zamudio, Héctor, "El juez ante la norma constitucional", *Revista de la Facultad de Derecho de México*, núm. 57, enero-marzo de 1965, pp. 60-67.

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 constitucionalidad de las disposiciones legislativas aplicables a los casos concretos que conocen, 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, dentro de los límites establecidos por la legislación correspondiente.⁵⁴

61. Dentro de esta dirección y con diversos matices, podemos señalar el establecimiento de la Corte de Constitucionalidad de Guatemala (1965-1985); el Tribunal Constitucional chileno (1970-1980); el Tribunal ecuatoriano de Garantías Constitucionales (1978-1983); el Tribunal peruano de Garantías Constitucionales (1979); y finalmente la transformación de la Suprema Corte de Justicia mexicana en Tribunal Constitucional, en la reforma constitucional de 1987.

62. a) La Corte de Constitucionalidad de Guatemala fue la primera que significó un trasplante del sistema europeo continental de justicia constitucional en el ámbito latinoamericano. Fue creada en los artículos 262 a 265 de la Constitución de 15 de septiembre de 1965, reglamentados por los artículos 105 a 111 de la Ley de Amparo, Hábeas Corpus y de Constitucionalidad, de 3 de mayo de 1966. En su primera etapa, que se prolongó hasta 1981, en que fue suspendida dicha Carta Fundamental por un golpe de estado militar, dicho tribunal especializado se caracterizó por su carácter esporádico, ya que se integraba por cinco magistrados de la Suprema Corte de Justicia y el resto por sorteo hasta completar 12 entre los miembros de la Corte de Apelaciones y del Tribunal de lo Contencioso Administrativo, cada vez que se planteaba una reclamación denominada recurso de inconstitucionalidad, que podía promoverse por el Consejo de Estado (cuerpo consultivo); el Colegio de Abogados; el Ministerio Público por decisión del Presidente de la República; así como por cual-

⁵⁴ Cfr. Cappelletti, Mauro, *Judicial Review in the Contemporary World*, Indianápolis-Kansas City-Nueva York, Bobbs-Merryl, 1971, pp. 85-96.

quiera persona o entidad a quien afectaba la inconstitucionalidad de la ley o disposición gubernativa impugnada, con el auxilio de 10 abogados en ejercicio.⁵⁵

63. En el supuesto de que dicha Corte especializada declarase la inconstitucionalidad de una ley o decisión gubernativa de carácter general, dicha decisión asumía *efectos generales* (artículos 265 constitucional y 108 de la ley reglamentaria), pero paralelamente se mantenía el derecho de amparo contra disposiciones legislativas inconstitucionales y la reclamación por vía incidental, ambos instrumentos con efectos particulares en los procesos concretos en los cuales se planteaban. La efectividad de dicha Corte Constitucional fue muy restringida, debido a la inestable situación política. De los escasos recursos de inconstitucionalidad tramitados, sólo fue resuelto favorablemente el presentado por el Procurador General de la República, y en el cual la citada Corte declaró la inconstitucionalidad, con efectos generales, del decreto expedido por el Congreso de la República el 7 de diciembre de 1967. Las demás impugnaciones fueron desestimadas por la propia Corte.⁵⁶

64. Dicha Corte de Constitucionalidad fue restablecida en los artículos 268 a 272 de la Constitución Democrática de 1985, que entró en vigor en febrero de 1986, preceptos reglamentados por los artículos 149 a 189 de la nueva Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, del 8 de enero de 1986.⁵⁷ En la actualidad y de acuerdo con las referidas disposiciones, la citada Corte se integra con cinco magistrados titulares, cada uno con su respectivo suplente; pero cuando conozca de asuntos de inconstitucionalidad en contra de la Suprema Corte de Justicia, el Congreso, el Presidente o Vicepresidente de la República, su número se elevará a siete, escogiéndose los dos restantes por sorteo entre los suplentes. Sus facultades son más amplias que las del organismo anterior, puesto que

⁵⁵ Cfr. Aguirre Godoy, Mario, *Protección procesal de los derechos humanos*, Guatemala, Septem Partitarum, 1976, pp. 938-993.

⁵⁶ Cfr. García Laguardia, Jorge Mario, *La defensa de la Constitución*, 3a. ed., Guatemala, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, Universidad de San Carlos de Guatemala, 1987, pp. 60-79, 89-121; *idem*, *Jurisprudencia constitucional: Guatemala, Honduras, México. Una muestra*, Guatemala, Universidad de San Carlos, 1986, pp. 57-67.

⁵⁷ Cfr. García Laguardia, Jorge Mario y Vázquez Martínez, Edmundo, *Constitución y ordenamiento democrático*, Guatemala, Editorial Universitaria de Guatemala, 1984, pp. 183-191.

además del recurso de inconstitucionalidad con efectos generales, conoce en única o última instancia de los procesos hábeas corpus y de amparo, así como, en apelación de las impugnaciones de inconstitucionalidad en casos concretos; posee atribuciones consultivas sobre cuestiones de inconstitucionalidad o solicitud de cualquiera de los organismos del Estado, o en relación con el veto del Presidente de la República, cuando éste alegue inconstitucionalidad de las disposiciones legislativas (artículos 272 de la Constitución y 163-164 de la Ley Reglamentaria). Como sucede con otros tribunales constitucionales latinoamericanos, su actividad predominante se refiere a la resolución de procedimientos de hábeas corpus, y particularmente, de amparo.

65. b) El Tribunal Constitucional chileno fue introducido en la reforma a la Constitución de 1925, promulgada el 21 de enero de 1970, artículo 78 b), el cual se constituyó el 10 de septiembre de 1971 y a través de sus autos acordados, publicados en el *Diario Oficial* los días 23 de noviembre y 11 de diciembre del mismo año, el propio tribunal aprobó los estatutos jurídicos sobre su organización, funcionamiento, el régimen de su personal y el procedimiento aplicable. Sus facultades se centraban esencialmente en el control preventivo de los proyectos de ley aprobados por el organismo legislativo; y los conflictos entre los diversos órganos del Estado, que fueron los que principalmente ocuparon su atención durante los tres años de su funcionamiento, tomando en cuenta los constantes conflictos entre el Congreso y el Presidente de la República, Salvador Allende.⁵⁸

66. El citado Tribunal cesó en sus actividades con motivo del golpe militar del 11 de septiembre de 1973. Paradójicamente, el mismo régimen castrense encabezado por el general Augusto Pinochet restableció dicho Tribunal con funciones muy similares a las que tenía con anterioridad, en los artículos 81 y 83 de la nueva Constitución aprobada en plebiscito de 11 de septiembre de 1980. Dichos preceptos fueron reglamentados por la Ley Orgánica del citado Tribunal, expedida por la Junta Militar de

⁵⁸ Sobre los antecedentes de este tribunal, cfr. Silva Bascuñán, Alejandro, "El Tribunal Constitucional", *Reforma constitucional de 1970*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1970 pp. 207-214; Frei, Eduardo, "La reforma constitucional en el contexto histórico político", en la misma obra, pp. 48-51; y respecto de su actuación, Silva Cimma, Enrique, *El Tribunal Constitucional de Chile (1971-1973)*, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 1977, pp. 63-204.

Gobierno el 12 de mayo de 1981, y con apoyo a ella se estableció dicho organismo jurisdiccional especializado, a pesar de que el Poder Legislativo se encuentra en receso, debido a varias disposiciones transitorias de la citada Carta Fundamental.

67. El funcionamiento del mencionado Tribunal es en cierta manera artificial, ya que sus principales atribuciones se refieren a los conflictos entre los diversos órganos del Estado. Sin embargo, el asunto que puede considerarse de mayor trascendencia de los resueltos por el mismo organismo jurisdiccional, se refiere a un problema de derechos humanos, en cuanto decidió el 21 de diciembre de 1987, por una minoría muy estrecha, con varios votos de disidencia y a petición del Ministerio del Interior, la responsabilidad del conocido político, colaborador del Presidente Allende, José Clodomiro Almeyda, por violación del artículo 8 de la Constitución, ya que el fallo consideró que el señor Almeyda propugnaba la violencia y sustentaba una doctrina totalitaria fundada en la lucha de clases.⁵⁹

68. c) La Constitución ecuatoriana, aprobada en referéndum de 15 de enero de 1978, restableció el organismo denominado Tribunal de Garantías Constitucionales, el que, de acuerdo con las Cartas anteriores funcionaba esencialmente como tribunal de lo contencioso administrativo. Sus facultades iniciales eran predominantemente propositivas, ya que tenían por objeto velar por la aplicación de la Carta Fundamental, para lo cual podía exhortar a las autoridades y demás funcionarios de la administración pública y, además, estaba facultado para hacer observaciones sobre la constitucionalidad de las disposiciones legislativas, las que ponía en consideración de la Cámara Nacional de Representantes. Sin embargo, se ha avanzado hacia la concepción de un verdadero tribunal constitucional, en cuanto se modificó el artículo 141 de la citada Constitución de 1978, por reforma promulgada el 1 de septiembre de 1983, en la cual se adicionó dicho precepto con la disposición que considera ilícita toda resistencia de las autoridades para cumplir con las recomendaciones del citado Tribunal de Garantías Constitucionales, sobre la inconstitucionalidad de las disposiciones legislativas y de actos concretos de autoridad, con lo cual

⁵⁹El texto íntegro de este fallo y de los votos de disidencia fueron publicados en la revista *La Segunda*, Santiago, 22 de diciembre de 1987, pp. 13-21.

se transforman en decisiones imperativas. Esta reforma entró en vigor el 10 de agosto de 1984.⁶⁰

69. d) La Constitución peruana, vigente a partir de julio de 1980, estableció un organismo especializado con la denominación de Tribunal de Garantías Constitucionales (artículos 296-304), con facultades esenciales para conocer en última instancia de las acciones de hábeas corpus y de amparo, así como en forma directa, de la acción de inconstitucionalidad, cuya decisión, en este último supuesto, asume efectos generales. Las citadas disposiciones constitucionales fueron reglamentadas por la Ley Orgánica del propio Tribunal, promulgada el 19 de mayo de 1982, y complementadas en la Ley de Hábeas Corpus y de Amparo, promulgada el 7 de diciembre de 1982.⁶¹

70. El Tribunal tiene pocos años de funcionamiento, pero la mayor parte de los asuntos que ha conocido, se refieren en última instancia a las acciones de hábeas corpus y de amparo, si bien también se han presentado algunas impugnaciones de inconstitucionalidad interpuestas por varios senadores y diputados sobre problemas de carácter electoral, específicamente sobre la regulación de los votos preferenciales, nulos y en blanco.⁶²

71. e) Por último, podemos mencionar, en relación con la influencia del sistema continental europeo en los ordenamientos latinoamericanos, a las recientes reformas constitucionales promulgadas el 29 de julio y publicadas el 10 de agosto de 1987, por medio de las cuales se transforma a la Suprema Corte de Justicia mexicana (sin modificar su denominación

⁶⁰ Cfr. Fix-Zamudio, Héctor, *Los tribunales constitucionales y los derechos humanos*, 2a. ed., México, Porrúa, 1985, pp. 152-153, 197; Saltos Espinoza, Rodrigo, *Resoluciones del Tribunal de Garantías Constitucionales*, Quito, 1983.

⁶¹ Cfr. García Belaúnde, Domingo, "La nueva Constitución peruana", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 40, enero-abril de 1981, pp. 269-343; *idem*, "La influencia española en la Constitución peruana. A propósito del Tribunal de Garantías Constitucionales", *Revista de Derecho Político*, Madrid, núm. 16, invierno de 1982-1983, pp. 201-207.

⁶² Cfr. García Belaúnde, Domingo, "Protección procesal de los derechos fundamentales en la Constitución peruana de 1979", *cit. supra* nota 30, pp. 76-82; Ortecho Villena, Víctor Julio, *Derechos y garantías constitucionales*, Trujillo, Perú, Masol Perú Editores, 1985, pp. 298-456; Corso Masías, Alfredo, *El Tribunal de Garantías Constitucionales. Prontuario*, Arequipa, Perú, s. f., al parecer 1984; Power Machego-Muñoz, Jorge, "El Tribunal de Garantías Constitucionales", *Ley Orgánica del Tribunal de Garantías Constitucionales. Ley de Hábeas Corpus*, Lima, s. f., Valle Riestra, Javier, *El Tribunal de Garantías Constitucionales. El caso de los votos nulos y blancos*, Lima, Editorial Lebrusa, 1986.

inspirada en el modelo estadounidense) en un tribunal constitucional, que, por otra parte, conservó ciertos aspectos del sistema americano.

72. En efecto, estas reformas constitucionales, reglamentadas por las modificaciones a las Leyes de Amparo y Orgánica del Poder Judicial Federal, publicadas el 5 de enero de 1988, confirieron a la citada Suprema Corte de Justicia la última y exclusiva instancia para decidir sobre cuestiones de carácter constitucional, en particular respecto de las disposiciones legislativas, atribuyendo todos los demás asuntos de amparo a los Tribunales Colegiados de Circuito (inspirados en los Tribunales de Circuito de Apelación creados en los Estados Unidos en 1891), los que están distribuidos en las ciudades más importantes del territorio nacional, y que ahora conocen de la mayoría de los sectores del derecho de amparo (véase *supra* párrafo 40), es decir, la protección de la libertad personal; contencioso administrativo; amparo social agrario y, particularmente, la impugnación de las resoluciones judiciales de todos los tribunales del país, con una función equivalente a una casación federal (amparo-casación), cuyo conocimiento correspondía en un porcentaje importante a la citada Suprema Corte de Justicia.

73. Las decisiones de los citados Tribunales Colegiados de Circuito deben considerarse firmes, y únicamente pueden impugnarse cuando conocen de resoluciones judiciales, ante la propia Suprema Corte de Justicia, si dichos tribunales deciden sobre la constitucionalidad de una ley o interpretan directamente un precepto constitucional, en la inteligencia de que el más alto Tribunal tiene la facultad de solicitar de los citados tribunales colegiados, para resolver, ya sea de oficio, a petición de los propios tribunales o del Procurador General de la República, aquellos juicios de amparo que consideren de especial importancia (fracción VIII del artículo 107 de la Carta Federal).⁶³

⁶³ Cfr. Acosta Romero, Miguel, "La evolución constitucional de la Suprema Corte de Justicia de la Nación"; Ortiz Santos, Leopoldino, "Estructura de la Suprema Corte de Justicia de la Nación a partir de la Constitución de 1917; y" "El juicio de amparo como control de constitucionalidad y de legalidad"; Palacio Díaz, Alejandro del, "Evolución constitucional de la Suprema Corte de Justicia de la Nación"; Fix-Zamudio, Héctor, "La Suprema Corte de Justicia como tribunal constitucional"; Burgoa Orihuela, Ignacio, "El control de la constitucionalidad y de la legalidad"; Aguilar Álvarez, Horacio, "El control de las leyes en el nuevo marco constitucional";

74. Sin embargo, las reformas mencionadas se apartan del modelo europeo, en cuanto que las decisiones de la Suprema Corte de Justicia, cuando declaran la inconstitucionalidad de disposiciones legislativas, sólo tienen efectos particulares para el caso concreto y para las partes en el mismo, según el paradigma estadounidense (artículo 107, fracción II, de la Carta Federal). Sin embargo, un sector importante de la doctrina mexicana ha sostenido la necesidad de adoptar, así sea de manera paulatina, la declaración general de inconstitucionalidad.⁶⁴

VI. APROXIMACIÓN DE AMBOS SISTEMAS: LA DECLARACIÓN GENERAL DE INCONSTITUCIONALIDAD

75. Hemos expresado con anterioridad (véase *supra* párrafo 59) que la influencia del sistema austriaco en algunos ordenamientos latinoamericanos no ha afectado la preeminencia del sistema americano consagrado con algunas modalidades en los ordenamientos fundamentales de nuestra región, ya que no se han considerado incompatibles. Pero ahora haremos una breve referencia a la combinación de ambas categorías de justicia constitucional, que por una parte se inspira en el modelo estadounidense

Schmill Ordóñez, Ulises, "El juicio de amparo como control de la constitucionalidad"; Pérez Carrillo, Agustín, "Política legislativa sobre el control constitucional"; Góngora Pimentel, Genaro David, "El juicio de amparo como control de constitucionalidad"; Aguilar Álvarez, Javier, "La Constitución, fundamento de los actos de autoridad", y Hernández Torres, Jesús, "Comentarios sobre la reforma judicial y el control de legalidad en México", todos ellos en *Las nuevas bases constitucionales y legales del sistema judicial mexicano*, México, Porrúa, 1987, pp. 257-578; además Fix-Zamudio, Héctor, "La Suprema Corte de Justicia como Tribunal Constitucional"; y Smith, James F., "Reformas constitucionales en materia jurisdiccional en la Suprema Corte de Justicia de México. Un examen comparativo con la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos de América: el caso del *writ of certiorari*", *Reformas constitucionales de la renovación nacional*, México, Porrúa, 1987, pp. 495-541 y 575-583, respectivamente.

⁶⁴Cfr. Fix-Zamudio, Héctor, "La declaración general de inconstitucionalidad y el juicio de amparo", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núms. 10-11, enero-agosto de 1971, pp. 53-98; *idem*, "La justicia constitucional en Iberoamérica y la declaración general de inconstitucionalidad", *Revista de la Facultad de Derecho de México*, núm. 111, septiembre de 1979, pp. 641-694; Castro, Juventino V., *Hacia el amparo evolucionado*, 2a. ed., México, Porrúa, 1977, pp. 23-48; Vallarta Plata, José Guillermo, "El Poder Judicial y el sistema de declaración general de inconstitucionalidad en Latinoamérica", *Función del Poder Judicial en los sistemas constitucionales latinoamericanos*, México, UNAM, 1977, pp. 171-186.

en cuanto a su planteamiento ante un organismo judicial ordinario, así sea el de mayor jerarquía, y en segundo lugar se aproxima al régimen imperante en Europa continental, respecto de los efectos generales de la resolución que declara la inconstitucionalidad de las disposiciones legislativas. En este sentido, podríamos hablar de un sistema mixto.⁶⁵

76. Respecto a la citada declaración general de inconstitucionalidad en América Latina, podemos distinguir dos categorías: en primer lugar, la institución que se ha denominado acción popular de inconstitucionalidad y, en segundo término, otro grupo de ordenamientos que otorgan efectos generales a la declaración de inconstitucionalidad de las leyes, pero exigen que la impugnación se interponga por los directamente afectados.⁶⁶

77. a) La acción popular de inconstitucionalidad consiste, en esencia, en la facultad de toda persona residente en el Estado respectivo, para acudir a la Corte Suprema de Justicia con objeto de impugnar las disposiciones legislativas que considere inconstitucionales, en la inteligencia de que el fallo que declara fundada la reclamación posee efectos generales, de tal manera que las normas impugnadas no pueden ser aplicadas posteriormente a la declaración de inconstitucionalidad.⁶⁷

78. Dicha institución fue introducida por las disposiciones constitucionales de Colombia y Venezuela en los primeros años de este siglo y se extendió progresivamente a otros ordenamientos latinoamericanos. En la actualidad está regulada por el artículo 214 de la Constitución colombiana de 1886 y reglamentada por la Ley Número 96, de 1936 y el Decreto Número 432 de 1969;⁶⁸ por el artículo 215, ordinales 3 y 4, de la Constitución venezolana de 1961, reglamentado por la Ley Orgánica de

⁶⁵ Cfr. Carpizo, Jorge y Fix-Zamudio, Héctor, "Amérique Latine", *Le contrôle juridictionnel des lois. Légitimité, effectivité et développements récents*, Paris, Economica-Presses Universitaires d'Aix Marseille, 1986, pp. 125-127.

⁶⁶ Cfr. Fix-Zamudio, Héctor, "Justicia constitucional y régimen democrático en Iberoamérica", *Anuario Jurídico IX-1982*, México, 1982, pp. 393-395.

⁶⁷ Cfr. Fix-Zamudio, Héctor, *La protección jurídica y procesal de los derechos humanos ante las jurisdicciones nacionales*, cit., supra nota 7, pp. 137-144.

⁶⁸ Cfr. Copete Lizarralde, Álvaro, *Lecciones de derecho constitucional*, 3a, ed., Bogotá, Lerner, 1960, pp. 228-229; Pérez, Francisco de Paula, *Derecho constitucional colombiano*, 5a. ed., Bogotá, Lerner, 1962, pp. 329-451; Grant, J. A. C., "Estudio comparativo de los sistemas de control de la constitucionalidad de las leyes", *Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia*, México, núm. 32, octubre-diciembre de 1946, pp. 121-130; Uprimy, Leopoldo, "Verfassungsgerichtsbarkeit in

la Corte Suprema de Justicia, promulgada el 30 de julio de 1976;⁶⁹ por el artículo 203, párrafo 7, de la Constitución de la República de Panamá de 1972, reformada sustancialmente en 1983 y reglamentado por los artículos 2550-2563 del Código Judicial, en su texto publicado en 1987;⁷⁰ por el artículo 183 de la Carta salvadoreña de 1983, reglamentado todavía por la Ley de Procedimientos Constitucionales de 14 de enero de 1960, artículos 6 a 11;⁷¹ y por el artículo 5, parágrafo LXXIII, de la Constitución Federal brasileña de 1988, regulado por la Ley Número 4,717, de 1965.⁷²

79. Merece una mención especial el ordenamiento colombiano, en virtud de la amplitud de la competencia de la Corte Suprema en esta materia, puesto que está facultada para declarar, con efectos generales, la inconstitucionalidad, por vicios de procedimiento, de las reformas

Kolumbien", *Verfassungsgerichtsbarkeit in der Gegenwart*, cit., *supra* nota 20, pp. 372-374; Sanin Greiffenstein, Jaime, *La defensa judicial de la Constitución*, Bogotá, Temis, 1971, pp. 129-204; Restrepo Piedrahita, Carlos, "Notas sobre la Corte Constitucional", *Revista de la Cámara de Comercio de Bogotá, S. F.*; Sáchica, Luis Carlos. *El control de constitucionalidad y sus mecanismos*, Bogotá, Temis, 1978, pp. 51-110; *idem*, *Constitucionalismo colombiano*, 7a. ed., Bogotá, Temis, 1983, pp. 91-110.

⁶⁹ Cfr. La Roche, Humberto J., *El control jurisdiccional de la constitucionalidad en Venezuela y Estados Unidos*, Maracaibo, Facultad de Derecho de la Universidad de Zulia, 1972, pp. 29-165; *idem*, *Instituciones constitucionales del Estado venezolano*, 9a. ed., Maracaibo, 1984, pp. 259-293; Andueza Acuña, José Guillermo, *La jurisdicción constitucional en el derecho venezolano*, 2a. ed., Caracas, Universidad Central de Venezuela, Facultad de Derecho, 1974, pp. 45-54; Brewer Carías, Allan R., *El control de la constitucionalidad de los actos estatales*, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 1977, pp. 17-203; *idem*, *Estado de derecho y control judicial*, cit. *supra* nota 26, p. 59.

⁷⁰ Cfr. Moscote, Juan de Dios, *El derecho constitucional panameño*, Panamá, Star and Herald, 1943, pp. 451-455; Goytía, Víctor G., *Las Constituciones de Panamá*, Madrid, Instituto de Cultura Hispánica, 1954, pp. 762-763; Bolívar Pedreschi, Carlos, *El control de la constitucionalidad en Panamá*, Madrid, Guadarrama Ediciones, 1965, pp. 17 y ss.; *idem*, *Jurisprudencia constitucional*, Panamá, 1967; Fábrega P., Jorge, *El doctor Eusebio Morales y el control de la constitucionalidad*, Panamá 1965, pp. 8-10; *idem*, *Jurisprudencia constitucional*, Panamá, Sección de Investigación Jurídica de la Universidad de Panamá, 1967, tomo I, pp. 15 y 55; Quintero, César A., "La jurisdicción constitucional en Panamá", *Estudios de derecho constitucional panameño*, Panamá, Editorial Jurídica Panameña, 1987, pp. 801-838.

⁷¹ Cfr. Bowe Ticas, Carlos, *El recurso de inconstitucionalidad* (tesis mimeografiada), San Salvador, agosto de 1967; Gochez Marín, Ángel, *Apuntes sobre el amparo en El Salvador*, San Salvador, 1988, pp. 83-86.

⁷² Cfr. Barbosa de Campos, Filho, Paulo, *Ação popular constitucional*, São Paulo, Saravia, 1968, pp. 49-148; Sidou, J. M. Othon, *As garantias ativas dos direitos coletivos*, cit., *supra* nota 14, pp. 419-517; Lopes Mirelles, Helly, *Mandado de segurança e ação popular*, cit., *supra* nota 35, pp. 53-73.

a la Carta Fundamental. Esta facultad ha sido ejercitada en ocasiones recientes, para declarar sin efecto dos reformas constitucionales, según resoluciones de 25 de mayo de 1978 y 3 de noviembre de 1981.⁷³ También debe destacarse la orientación de la legislación colombiana hacia el establecimiento de un tribunal constitucional especializado, que se inicia con la introducción en 1968 de una Sala Constitucional que forma parte de la Corte Suprema de Justicia, todavía con un carácter consultivo, pero en las reformas de 1969, en suspenso por la declaración de inconstitucionalidad de 1981, se pretendió otorgar autonomía a dicha Sala a fin de que decidiera, de manera definitiva, diversas cuestiones constitucionales.⁷⁴

80. *b)* En segundo lugar, podemos citar varios ordenamientos de nuestra Región en los cuales, si bien no se admite una acción popular, sino que se requiere la intervención del afectado, los fallos de inconstitucionalidad de las Cortes o Tribunales Supremos respectivos poseen efectos generales. En este sentido, mencionamos el artículo 10 de la Constitución de Costa Rica de 1949, que reglamentan los artículos 962 y 969 del Código de Procedimientos Civiles de 25 de enero de 1933, reformado el 23 de diciembre de 1957;⁷⁵ así como las impugnaciones de inconstitucionalidad establecidas por los artículos 9 y 170, párrafo 1; 30, y 126, párrafo 1, e), de las Constituciones de las provincias argentinas de Chaco, Neuquén y Santiago del Estero, promulgadas respectivamente las dos primeras el 28 de noviembre de 1957 y la última el 2 de junio de 1939, modificada el 7 de agosto de 1960.⁷⁶

⁷³ Cfr. Devis Echandía, Hernando, "Proceso y jurisdicción en Colombia", *Estudios de derecho procesal*, Bogotá, Editorial A. B. C., 1979, tomo I, pp. 107-151.

⁷⁴ Cfr. SÁCHICA, Luis Carlos, *El control de la constitucionalidad*, 2a. ed., Bogotá, Temis, 1980, pp. 141-152.

⁷⁵ Cfr. *Constitución Política de la República de Costa Rica. Anotada y concordada*, San José, Asamblea Legislativa de Costa Rica, Editorial Juricentro, 1977, pp. 37-63.

⁷⁶ Como ejemplo actual podemos citar el artículo 175 de la Constitución vigente de Santiago del Estero, expedida el 15 de marzo de 1986, en la cual dispone que: "La declaración de inconstitucionalidad producirá la caducidad de la ley, resolución, decreto, ordenanza o reglamento en la parte afectada por la declaración".

VII. EL SISTEMA SOCIALISTA CUBANO

81. Al triunfar en 1959 la revolución encabezada por Fidel Castro, contra el régimen dictatorial de Fulgencio Batista, se inició de manera paulatina el establecimiento de un sistema inspirado en el modelo soviético y en el de otros países socialistas, que en un principio respetó formalmente el régimen anterior de justicia constitucional establecido por la Carta de 26 de julio de 1940, ya que en los artículos 150, 160, 161, 172 y 173 de la Carta Fundamental de 7 de febrero de 1959, de manera teórica se confería al llamado Tribunal de Garantías Constitucionales (creado por el ordenamiento anterior e integrado como una Sala especializada del Tribunal Supremo) la facultad de decidir, con efectos generales, la acción de inconstitucionalidad promovida por 25 ciudadanos (prácticamente una acción popular), por lo que podríamos clasificar el régimen como de carácter mixto (véase *supra* párrafo 75).⁷⁷

82. El referido sistema de control judicial de la constitucionalidad de las leyes (como otras instituciones de la Carta de 1959) no tuvo aplicación práctica, tomando en consideración que por reforma constitucional de 13 de junio de 1973, reglamentada por la Ley de Organización Judicial de 23 del propio mes de junio de 1973, se establecieron tanto la Procuratura (Fiscalía) como los tribunales populares, inspirados en los ordenamientos, y por ello se privó a dichos organismos jurisdiccionales de la facultad de decidir sobre la referida inconstitucionalidad de los ordenamientos legislativos.⁷⁸

83. Toda esta transformación culminó con la entrada en vigor de la Constitución de 24 de febrero de 1976, que implantó de manera abierta el régimen político-constitucional de carácter socialista incluyendo, por supuesto, el sistema de control de la constitucionalidad de las leyes de acuerdo con el modelo soviético, es decir, se atribuyó en definitiva este

⁷⁷ Cfr. Zamora, Juan Clemente, "La defensa de la Constitución en la legislación cubana", *Revista Mexicana de Derecho Público*, México, octubre-diciembre de 1946, pp. 126-151; Menéndez, Emilio, "The Judicial Power and the Constitution", *Comparative Juridical Review*, Coral Gables, Florida, vol. II, 1962, pp. 77 y ss.

⁷⁸ Cfr. Chalbaud Zerpa, Reinaldo, "El Poder Judicial en Cuba", *Anuario*, Mérida, Venezuela, núm. 5, pp. 138 y ss.

⁷⁹ Cfr. Chalbaud Zerpa, Reinaldo, *El nuevo sistema constitucional cubano*, Mérida, Universidad de Los Andes, 1976, pp. 59-61; Biscaretti di Ruffia, Paolo, *Introduzione al diritto costituzionale comparato, "le forme di Stato" e le "forme di governo"*. *Le costituzione moderne*, 6a. ed., Milán, Giuffrè, 1988,

control al órgano legislativo denominado Asamblea Nacional del Poder Popular (artículo 78, inciso "e" de dicha Carta Fundamental), facultad que comparte (y que ejercita en la práctica) con el órgano de receso denominado Consejo de Estado (Presidium), de la propia Asamblea (artículo 88, incisos "ñ" y "o").⁷⁹

84. En la citada Carta de 1976 se reprodujeron los principales lineamientos introducidos en la mencionada reforma de 1973 a la Constitución anterior de 1959 (véase *supra* párrafo 82), al configurarse la Procuratura con el nombre de Fiscalía General de la República, y a los tribunales populares como los órganos esenciales de la aplicación y vigilancia de la legalidad socialista, y estos nuevos preceptos fueron reglamentados por la Ley de Organización del Sistema Judicial, aprobada por la Asamblea Nacional del Poder Popular el 10 de agosto de 1977.

85. Como ocurre con el modelo soviético adoptado por los restantes países socialistas, la tutela de los derechos individuales de los gobernados se encomienda esencialmente a la Procuratura y a los diversos procuradores que de ella dependen,⁸⁰ como organismo cuya función esencial, además de la que corresponde a un Ministerio Público, es la vigilancia de la legalidad socialista.⁸¹

86. Por lo que se refiere a los tribunales populares, éstos se integran, también de acuerdo con el modelo soviético, por jueces letrados y asesores populares, todos electos por los órganos de representación popular o directamente por lo ciudadanos, debiendo destacarse, por lo que respecta a la protección de los derechos fundamentales, lo dispuesto por los artículos 123, inciso "d", de la Carta Fundamental y 4, fracción 5), de la Ley Orgánica mencionada, que establecen como uno de los principales objetivos de actividad de los propios tribunales populares, el de "amparar la vida,

pp. 547-554; Azicri, Max, "Change and Institutionalization in the Revolutionary Process. The Cuban Legal System in the 1970's", *Review of Socialist Law*, Alphen aan den Rijn, vol. VI, 1980, pp. 168-171; Berman, Harold J., y Whiting, Van R., "Impressions of Cuban Law", *The American Journal of Comparative Law*, verano de 1980, pp. 480-481.

⁸⁰ Cfr. Morgan, Glenn G., *Soviet Administrative Legality. The Role of the Attorney General's Office*, Stanford University Press, 1962; Smith, Gordon S., *The Soviet Procuracy and the Supervision of Administration*, Alphen aan den Rijn, Sijhoff and Noordhoff, 1978.

⁸¹ Cfr. Berman, Harold J. y Whiting, Van R., "Impressions of Cuban Law", *cit.*, *supra* nota 79, pp. 481-482.

la libertad, la dignidad, el honor, el patrimonio, las relaciones familiares y los demás derechos e intereses legítimos de los ciudadanos”.

87. A lo anterior debe agregarse que, contrariamente a lo que ocurrió en la mayoría de los países socialistas que siguen muy de cerca el modelo soviético, en los cuales se advierte una desconfianza hacia el proceso contencioso-administrativo,⁸² en el ordenamiento cubano ha prevalecido la tradición hispánica, tomando en cuenta que, después de la independencia de España, continuó aplicándose en Cuba, con algunas modificaciones posteriores, la ley española de lo contencioso-administrativo, del 13 de septiembre de 1888, y su reglamento del 29 de diciembre de 1890.⁸³

88. Por esta tradición, los artículos 655 y 656 de la Ley de Procedimiento Civil, Administrativo y Laboral, del 19 de agosto de 1977, admiten el planteamiento ante las salas de lo civil y de lo administrativo del Tribunal Supremo Popular y de los restantes tribunales populares, de las reclamaciones de los particulares contra los actos de autoridad que afectan sus derechos e intereses legítimos, pero con restricciones derivadas de las cuestiones relativas a la defensa nacional, la seguridad del Estado, el orden público y las medidas dictadas en circunstancias excepcionales.

VIII. LA TENDENCIA HACIA LA JURISDICCIÓN INTERNACIONAL

89. Aun cuando parezca contradictorio a primera vista que la protección jurídica y, particularmente, procesal de los derechos humanos (que incluye tanto la revisión judicial de la constitucionalidad de las disposiciones legislativas como la de los actos concretos de autoridad) pueda rebasar el ámbito interno y proyectarse en la esfera internacional, tal situación se ha desarrollado de manera vigorosa en esta segunda posguerra, primeramente en los ordenamientos de Europa continental, debido a que en los mismos se advierte una tendencia creciente hacia el reconocimiento de la obligatoriedad inmediata del derecho internacional, así como el nacimiento de una nueva categoría de normas jurídicas surgidas de la

⁸² Cfr. Fix-Zamudio, Héctor, *La protección jurídica y procesal de los derechos humanos ante las jurisdicciones nacionales*, cit., *supra* nota 7, pp. 277-279.

⁸³ Cfr. González Pérez, Jesús, *Derecho procesal administrativo*, 2a. ed., Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1964, tomo II, pp. 221-225.

integración económica y política, normas que configuran el sector del derecho supranacional que puede calificarse de “comunitario”, el que se encuentra en situación intermedia entre el derecho interno y el internacional público de carácter tradicional.⁸⁴ Este derecho comunitario se ha extendido en años recientes a dos países de la familia o tradición del *common law*, es decir, Inglaterra y la República de Irlanda, que ingresaron a las comunidades europeas, y ha tenido influencia, así sea muy limitada, en algunos países latinoamericanos de la zona andina (véase *infra* párrafos 105-106)

90. El tratadista italiano Mauro Cappelletti ha denominado a este sector como jurisdicción internacional transnacional, nombre que, como el de jurisdicción constitucional de la libertad (este último para agrupar a las instituciones procesales que tutelan específicamente los derechos humanos),⁸⁵ creado por el mismo comparatista, ha logrado aceptación en la doctrina más reciente. La primera denominación se refiere al conjunto de disposiciones normativas dirigidas a la solución de los conflictos, cada vez más frecuentes, en la aplicación de los preceptos internos de carácter constitucional y la de los de naturaleza internacional y comunitaria, controversias que se someten a la decisión tanto de los tribunales nacionales como los de naturaleza internacional, que se han establecido recientemente, debido a la tendencia a restringir el concepto clásico de la soberanía estatal, en beneficio de las disposiciones y principios del derecho supranacional.⁸⁶

⁸⁴ Cfr., entre muchos otros, Dijik, P. van, Rodiere, René y otros, *Diritto delle Comunità Europea e diritto degli Stati membri*, editado por G. Treves, Milán, Ferro Edizioni, 1969; Pescatore, Paolo, *The Law of Integration*, Leyden, Sijthoff, 1974; Cappelletti, Mauro y Cohen, William, *Comparative Constitutional Law. Cases and Materials*, Indianápolis-Nueva York, Bobbs Merrill, 1979, pp. 113-145.

⁸⁵ *La giurisdizione costituzionale delle libertà*, Milán, Giuffrè, 1955; Cascajo, José Luis, “La jurisdicción constitucional de la libertad”, *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, 1975, pp. 149-198; Fix-Zamudio, Héctor, “A Global Survey of Governmental Institutions to Protect Civil and Political Rights”, cit., *supra* nota 18, p. 19.

⁸⁶ Especialmente en su documentado estudio, “Il controllo giudiziario delle legge e la giurisdizione delle libertà a livello internazionale”, *Rivista di Diritto Processuale*, Padua, 1978, pp. 1-32.

91. En los citados ordenamientos continentales europeos, que comprenden también al británico y al irlandés (pertenecientes a los sistemas jurídicos angloamericanos y en cuanto se han incorporado a la integración económica europea) existe el reconocimiento de la superioridad del derecho comunitario sobre el de carácter nacional, respecto a las materias de la citada integración, y para lograr el respeto a dicha superioridad, se estableció la Corte de Justicia de las Comunidades, con residencia en Luxemburgo, que resuelve las controversias entre las normas internas y las comunitarias, y que, como ha señalado la doctrina, se plantean a través de una combinación del sistema difuso de revisión judicial que corresponde a los jueces nacionales y el de carácter concentrado ante la citada Corte de Luxemburgo, la que tiene la facultad de dictar la resolución definitiva.⁸⁷

92. Este sistema de revisión judicial, que podemos calificar de comunitario, no se ha desarrollado sin cuestionamientos y tropiezos, como lo demuestran algunas decisiones de los tribunales constitucionales nacionales, en especial de Italia y de la República Federal de Alemania.⁸⁸ Por otra parte, aun cuando a primera vista las cuestiones que se discuten con motivo de la aplicación de las disposiciones comunitarias son predominantemente económicas, no por ello dejan de influir en las relacionadas con los derechos humanos de los habitantes de los países europeos miembros de las propias comunidades, y de aquí que se haya destacado el criterio establecido por el citado Tribunal de Luxemburgo, en el sentido de que el derecho comunitario no puede amenazar “los derechos fundamentales de la persona que se encuentran recogidos en los principios generales del mismo derecho comunitario”, lo que implica el establecimiento jurisprudencial de lineamientos tutelares de los derechos humanos en el ámbito de las propias comunidades europeas.⁸⁹

⁸⁷ Cfr., entre otros, Dubois, Louis, “Le rôle de la Cour de Justice des Communautés Européennes. Objet et portée de la protection”, *Cours Constitutionnelles Européennes et droits fondamentaux*, editado por Louis Favoreu, París, Economica Presses Universitaires d’Aix-Marseille, 1982, pp. 429-451.

⁸⁸ Cfr. Cappelletti, Mauro, “Nécessité et légitimité de la justice constitutionnelle”, en la obra citada en la nota anterior, pp 483-486; *idem*, “Appunti per una fenomenologia della giustizia nel XX secolo”, *Studi in onore di Enrico Tullio Liebman*, Milán, Giuffrè, 1979, tomo I, pp. 153-210.

⁸⁹ Especialmente en *Stauder vs. Ciudad de Ulm*, resuelto por el Tribunal de Luxemburgo el 12 de noviembre de 1969, cfr. Dubois, Louis, “Le rôle de la Cour de Justice des Communautés Européennes”, cit., *supra* nota 87, pp. 432-436.

93. Por otra parte, debemos señalar brevemente que son varias las Constituciones de los países de Europa continental expedidas en esta segunda posguerra que han seguido el precedente establecido por el artículo 4 de la Constitución de la República Alemana de Weimar, de 11 de agosto de 1919, al reconocer expresamente la superioridad, así sea parcial, del derecho internacional sobre el interno, y no sólo el de carácter convencional, sino también el consuetudinario, a través de la aplicabilidad inmediata de las normas de derecho internacional generalmente reconocidas, como lo demuestran los artículos 10 de la Constitución italiana de 1948; 25 de la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania de 1949, y 8 de la Carta portuguesa de 1976, reformada en 1982.⁹⁰

94. Esta evolución se advierte con mayor vigor en el campo de la tutela de los derechos fundamentales de la persona humana, en virtud de que, por una parte, varios de los ordenamientos constitucionales europeos establecen que la interpretación de las normas constitucionales internas relativas a los derechos humanos debe hacerse de acuerdo con la Declaración Universal de 1948 y con los tratados y acuerdos internacionales sobre esta materia ratificados por los gobiernos respectivos, y entre estos preceptos destacan los artículos 16 de la Carta portuguesa de 1976-1982 y 10 de la Constitución española de 1978.⁹¹

95. Este desarrollo ha culminado con el establecimiento de organismos judiciales para resolver los conflictos entre los Estados o entre éstos y los particulares, sobre la violación de derechos y libertades fundamentales establecidos en el Convenio suscrito en Roma el 4 de noviembre de 1950 y sus protocolos adicionales. Dichos organismos son: la Comisión y la Corte Europea de Derechos Humanos, con sede en Estrasburgo y que durante varios años han efectuado una fructífera labor al crear una

⁹⁰ Cfr. La Pergola, Antonio, *Constitución del Estado y normas internacionales*, trad. de José Luis Cascajo Castro y Jorge Rodríguez-Zapata Pérez, México, UNAM, 1985.

⁹¹ Cfr. Gomes Canotillo, J. S. y Moreira, Vital, *Constituição da República Portuguesa. Anotada*, Coimbra, Coimbra Editora, 1980, pp. 73-74; Garrido Falla, Fernando, "Artículo 10", *Comentarios a la Constitución*, Madrid, Civitas, 1980, pp. 139-144.

⁹² Cfr., entre otros, Dijk P. van y Hoof. G. van, *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, Deventer, Holanda, Kluwer, 1976; Jacobs, Francis G., *The European Convention on Human Rights*, Oxford, Clarendon Press, 1975; Robertson, A. H., *Human Rights in Europe*, 2a. ed., Manchester, Manchester University Press, 1977; Castberg, Frede, *The European Convention on Human Rights*, Nueva York, Oceana, 1974; Vasak, Karel, *La Convention Européenne des Droits de l'Homme*, París, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1964.

jurisprudencia muy sólida, dirigida a otorgar efectividad a los citados derechos reconocidos en la Convención de Roma, en el ámbito interno de los Estados miembros.⁹²

96. No pretendemos examinar, así fuera de manera superficial, esta materia en el ámbito europeo, sino que tenemos únicamente el propósito de destacar sus principales lineamientos, los que han tenido influencia en época reciente en las legislaciones latinoamericanas, pero en combinación con la revisión judicial angloamericana, para configurar lo que podemos calificar como jurisdicción constitucional transnacional latinoamericana.⁹³

97. Así, podemos señalar que, en una primera etapa, el problema de las relaciones entre los tratados internacionales y el ordenamiento constitucional interno se resolvió de acuerdo con las reglas de la revisión judicial de carácter nacional, en virtud de que varios ordenamientos latinoamericanos, en particular los de carácter federal, se inspiraron en el modelo estadounidense, en cuanto que la Constitución de 1787 estableció en su artículo 6 que los tratados ratificados y aprobados por el Senado, se incorporaban al derecho interno y formaban parte de la Ley Suprema. A este respecto, la Suprema Corte Federal otorgó a los tratados internacionales el carácter de normas ordinarias federales y examinó en varios casos la conformidad de los preceptos locales en relación con las disposiciones internacionales y, por otro lado, desaplicó las normas transnacionales contrarias a la Constitución Federal.⁹⁴

98. Éste ha sido el criterio que ha predominado en la jurisprudencia de los tribunales federales en México y en Argentina, en virtud de que las Cartas Federales de ambos países han incorporado casi literalmente lo dispuesto por el citado artículo 6 de la Constitución de los Estados Unidos, en sus artículos 133 (que a su vez proviene del 126 de la Carta de 1857), y 31, respectivamente, ya que dicha jurisprudencia ha establecido que los tratados internacionales debidamente ratificados y aprobados

⁹³ Cfr. Carpizo, Jorge y Fix-Zamudio, Héctor, "Amérique Latine", cit., *supra* nota 65, pp. 128-130.

⁹⁴ Cfr. Bowie, Robert R. y Friedrich, Carl L., *Estudios sobre el federalismo*, trad. de Susana Barancos, Buenos Aires, Bibliográfica Argentina, 1958, pp. 357-360.

⁹⁵ Cfr. Linares Quintana, Segundo V., *Tratado de derecho constitucional argentino y comparado*, 2a. ed., Buenos Aires, Plus Ultra, 1978, tomo III, pp. 548-562; Vanossi, Jorge Reinaldo A., *Teoría constitucional. II. Supremacía y control de constitucionalidad*, Buenos Aires, Depalma, 1976, pp. 227-272; Tena Ramírez, Felipe, *Derecho constitucional mexicano*, 19a. ed., México, Porrúa, 1983, pp. 537-545; Carpizo, Jorge, "La interpretación del artículo 133 constitucional", *Estudios constitucionales*, 2a. ed., UNAM, Gran Enciclopedia Mexicana, 1983, pp. 13-41.

por el órgano legislativo, tienen el carácter de leyes federales ordinarias internas que prevalecen sobre las disposiciones de carácter local, pero no pueden contradecir las de la Constitución Federal.⁹⁵

99. En esta segunda posguerra varias Constituciones latinoamericanas han consagrado, así sea de manera incipiente, normas que tienden a superar el concepto clásico de la soberanía nacional, para aceptar tímidamente ciertos aspectos de la supremacía del derecho transnacional, e inclusive, las más avanzadas establecen las bases para reconocer la intervención de organismos judiciales facultados para resolver conflictos entre los ámbitos nacionales y los de carácter supranacional. Esta evolución ha sido lenta, debido a que los países de nuestra región han asumido tradicional y justificadamente una actitud de desconfianza hacia la intervención de organismos internacionales, debido a la amarga experiencia de la presión de gobiernos extranjeros y decisiones injustas a través de varios laudos internacionales.⁹⁶

100. Esta evolución se advierte con mayor claridad en dos sectores: el de la tutela de los derechos humanos y el de la integración económica, esta última con modestos resultados en los países andinos. En el campo de la tutela de los derechos humanos, podemos destacar dos aspectos esenciales: en primer lugar, el establecimiento paulatino de disposiciones en las Cartas constitucionales, de acuerdo con la evolución señalada en el párrafo anterior, que otorgan a los pactos internacionales sobre derechos humanos un valor superior al de las leyes ordinarias, cuyo aspecto más avanzado se descubre en la Constitución peruana de 1979, que confiere a dichos pactos, cuando han sido ratificados y aprobados por el gobierno peruano, la categoría de disposiciones de carácter constitucional (véase *infra* párrafo 102). En segundo término, el reconocimiento de los organismos internacionales y regionales de protección de derechos humanos, que sólo en la propia Constitución peruana se traduce en disposiciones expresas de carácter fundamental (véase *infra* párrafo 103).

101. En relación con el primero de los sectores señalados en el párrafo anterior, entre las Constituciones latinoamericanas que han establecido preceptos que consagran la posibilidad de la jurisdicción internacional, podemos citar los artículos 3 de la Carta de Ecuador (1978) y 4 de la de Panamá (1972-1983), que reconocen y acatan las normas y los principios

⁹⁶ Cfr. Sepúlveda, César, *Derecho internacional*, 14a. ed., México, Porrúa, 1984, pp. 389-397; *idem*, *Las fuentes del derecho internacional americano*, México, Porrúa, 1975.

del derecho internacional; 18 de la Constitución de Honduras (1982) y 144 de El Salvador (1983), las que disponen que, en caso de conflicto entre un tratado internacional y la ley ordinaria interna, prevalecerá el tratado (pero no respecto de la propia Constitución).

102. En esta misma dirección destaca lo dispuesto por el artículo 46 de la Constitución de Guatemala de 1985, que consagra como principio general, en materia de derechos humanos, que los tratados y convenciones aceptados y ratificados por ese país tienen preeminencia sobre el derecho interno. Todavía mayor fuerza se observa en el artículo 105 de la Carta peruana de 1979, pues en el mismo se establece que los preceptos contenidos en los tratados relativos a los derechos humanos tienen jerarquía constitucional, y no pueden ser modificados sino por el procedimiento que rige la reforma de la Constitución.

103. El único precepto fundamental en nuestra región que reconoce de manera expresa el valor superior de la jurisdicción internacional, es el artículo 305 de la mencionada Constitución de Perú, de acuerdo con el cual: "Agotada la jurisdicción interna (es decir, en última instancia, la del Tribunal de Garantías Constitucionales), quien se considera lesionado en los derechos que la Constitución reconoce, puede recurrir a los tribunales u organismos internacionales constituidos según tratados de los que forme parte el Perú".

104. Este precepto está reglamentado por los artículos 39 a 41 de la Ley de hábeas corpus y amparo, de 7 de diciembre de 1982, en los cuales se establece que, en cuanto a estos instrumentos, los organismos jurisdiccionales internacionales a los que puede recurrir el afectado en sus derechos constitucionales, después de agotar las defensas internas, son el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, y aquellos otros que se constituyan en el futuro y que sean aprobados por tratados que obliguen al Perú (por lo que comprende también a la Corte Interamericana, en virtud del reconocimiento expreso que se hizo de dicho tribunal en 1981). Además, se dispone que la resolución del organismo internacional respectivo no requiere, para su validez y eficacia, de reconocimiento, revisión ni examen previo alguno.⁹⁷

⁹⁷ Cfr. Borea Odría, Alberto, *El amparo y el hábeas corpus*; Zubia Reina, Fernando, *Acción de amparo*, ambos citados *supra* nota 30, pp. 249-300 y 108-110, respectivamente.

105. Por lo que respecta a la integración económica en el ámbito latinoamericano, contrariamente a lo que ha ocurrido en Europa, los ensayos que se han realizado para lograr el establecimiento de normas comunitarias sólo han tenido una realización muy restringida, ya que han fracasado los intentos de una integración latinoamericana, representada por el Tratado General de 13 de diciembre de 1960, es decir, el relativo a la Asociación Latinoamericana de Libre Comercio (ALALC), que tuvo su origen en el tratado de Montevideo de 18 de febrero de 1960; fracaso que ha tenido su origen en la situación permanente de inestabilidad, tanto política como económica de nuestros países, que impidió el desarrollo de dicha integración.⁹⁸

106. Por el contrario, los propósitos de integración de varios países andinos han alcanzado un resultado razonable, aun cuando todavía modesto, a través del Pacto Andino, que se formalizó por el tratado multilateral suscrito en la ciudad de Cartagena, Colombia, el 26 de mayo de 1966, y por ello se le ha llamado también "Acuerdo de Cartagena", el que fue ratificado inicialmente por Bolivia, Colombia, Chile, Ecuador y Perú, y al cual se adhirió posteriormente Venezuela, pero se desincorporó Chile, de manera que está formado actualmente por cinco países.

107. La evolución de este proceso de integración desarrollado por dos organismos de gobierno, la Comisión y la Junta, condujo a la necesidad, siguiendo en cierto aspecto el modelo europeo, de establecer un organismo judicial para lograr la aplicación efectiva de las normas comunitarias de carácter andino. Éste es el Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, creado por el tratado suscrito por los cinco países integrantes del Pacto, el 28 de mayo de 1979. El Estatuto de dicho Tribunal fue aprobado en la ciudad de Quito, en la cual reside, el 19 de agosto de 1983, y su reglamento interno fue expedido el 9 de mayo de 1984.

108. Si bien la actividad del citado Tribunal ha sido muy limitada hasta la fecha y sus atribuciones bastante restringidas, como lo hace notar el tratadista colombiano Luis Carlos SÁCHICA, quien fuera el primer Presidente del propio Tribunal del Acuerdo de Cartagena, esta situación puede modificarse con la evolución favorable del procedimiento de integración

⁹⁸ Cfr. Fix-Zamudio, Héctor y Cuadra, Héctor, "Problèmes actuels de l'harmonisation et de l'unification des droits nationaux en Amérique Latine", *Nordisk Tidsskrift International Ret*, Copenhague, sup. 1, 41, 1971, pp. 1-74.

económica, pues el organismo judicial andino se encuentra todavía muy lejano de la importante función de su modelo, constituido por el Tribunal de Luxemburgo (véase *supra* párrafos 91 y 92). Sin embargo, las disposiciones constitucionales de los ordenamientos de los países miembros, al reconocer las limitaciones a la idea clásica de la soberanía que ha predominado en América Latina, en beneficio de la integración, propician la evolución de la revisión judicial comunitaria.⁹⁹ Por tanto, todavía se encuentra bastante incierta y distante la función indirecta de dicho Tribunal como organismo protector de los derechos humanos de los habitantes de los países miembros del Acuerdo de Cartagena, en contraste con la importante labor tutelar desarrollada por el Tribunal de Luxemburgo (véase *supra* párrafo 92).

IX. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

109. La Corte Interamericana de Derechos Humanos constituye la culminación del sistema americano de protección de los propios derechos, el cual se inspiró en los lineamientos fundamentales del modelo europeo, en cuanto a los órganos encargados de la tutela judicial de los propios derechos fundamentales, ya que se encomienda dicha tutela a la Comisión y a la propia Corte Interamericana, la primera como un órgano de instrucción de las reclamaciones individuales, que no pueden plantearse directamente ante la Corte.¹⁰⁰

110. El sistema americano, en virtud de la diversa situación económica, política, social y cultural del continente, y particularmente de Latinoamérica, estableció modalidades peculiares de gran importancia, que se derivaron de la experiencia de la protección de los derechos humanos en nuestra Región, especialmente a través de la valiosa experiencia de la Comisión, que fue creada y funcionó activamente dos décadas anteriores al establecimiento de la Corte y, por ello, con antelación a la aprobación

⁹⁹ *Introducción al derecho comunitario andino*, Quito, Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, 1985, pp. 119-184.

¹⁰⁰ Cfr. los trabajos y autores citados *supra* nota 92.

y entrada en vigor de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.¹⁰¹

111. Por razones de espacio, no hacemos referencia a la organización y competencia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, y sólo nos referimos a la misma en cuanto a su intervención en el procedimiento previo y a su actuación ante la Corte, pero sí consideramos necesario destacar que la dinámica actuación de la citada Comisión, que se aproxima a los 30 años, ha sido muy fructífera, tanto en cuanto a la tramitación de las reclamaciones individuales, como en la investigación de las violaciones colectivas de los derechos humanos, que desafortunadamente han sido frecuentes durante este periodo, en particular por parte de los gobiernos militares que en una época, que afortunadamente se está superando, predominaron en América Latina.¹⁰² Por otra parte, la Comisión fue extendiendo en la práctica sus funciones tutelares, que después fueron reconocidas en las modificaciones sucesivas a su primer Estatuto de 1960, y especialmente en el actual de octubre de 1979, y en su Reglamento que elaboró la propia Comisión en 1980, reformado en 1985.

112. Como lo sostiene acertadamente el conocido internacionalista mexicano, y por varios años miembro y Presidente de la citada Comisión Interamericana, profesor César Sepúlveda, la propia Comisión ganó sus espuelas poco a poco y merecidamente, obteniendo el respeto de los Estados de la organización regional misma, a pesar de los obstáculos naturales y de los elementos adversos que militaron en su contra. Con lo que confirmó el fenómeno de lo que se califica “desarrollo funcional”

¹⁰¹ La Comisión Interamericana de Derechos Humanos inició sus funciones en 1960. Su primer Estatuto fue aprobado el 25 de mayo de 1960. Cfr. Vasak, Karel, *La Commission Interaméricaine des Droits de l'Homme*, París, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1968, pp. 32-36; Gros Espiell, Héctor, “Le Système Interaméricain comme régime regional de protection internationale des droits de l'homme”, *Recueil des Cours*, Leyden, A. W. Sijthoff, 1975, pp. 23-24.

¹⁰² Cfr. Volio, Fernando, “La Comisión Interamericana de Derechos Humanos”, *La Convención Americana sobre Derechos Humanos*, Washington, D. C., Secretaría General de la OEA, 1980, pp. 80-81; Buergenthal, Thomas y otros, *La protección de los derechos humanos en las Américas*, trad. de Rodolfo E. Piza Escalante, San José, Costa Rica, Editorial Juricentro, 1984, pp. 165-227; Uribe Vargas, Diego, *Los derechos humanos y el sistema interamericano*, Madrid, Ediciones Cultura Hispánica, 1972, pp. 51-54; Trejos, Gerardo, “Órganos y procedimientos de protección de los derechos humanos en la Convención Americana”, *La tutela de los derechos humanos*, San José, Costa Rica, Editorial Juricentro, 1977, pp. 61-82; Vasak, Karel, *La Commission Interaméricaine*, cit., *supra* nota 101, pp. 229-305.

de los organismos internacionales,¹⁰³ un ejemplo evidente de lo que el destacado jurista y juez de la Corte Interamericana, Pedro Nikken, califica como desarrollo progresivo de la protección de los derechos humanos.¹⁰⁴

113. La Corte Interamericana de Derechos Humanos fue creada en el capítulo VIII (artículos 52-69) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, suscrita en la ciudad de San José, Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969, la cual entró en vigor el 18 de julio de 1978, al ser ratificada por 11 Estados miembros de la Organización de los Estados Americanos, en los términos del artículo 74.2, de la propia Convención. El Estatuto de la Corte Interamericana fue adoptado por la Asamblea General de la OEA en su noveno periodo de sesiones celebrado en La Paz, Bolivia, en octubre de 1979, con vigencia a partir del 1 de enero de 1980. La propia Corte se instaló en la ciudad de San José, Costa Rica, el 3 de septiembre de 1979 y aprobó su Reglamento en su tercer periodo de sesiones, celebrado del 30 de julio al 9 de agosto de 1980.¹⁰⁵

A. Organización

114. La Corte Interamericana se compone de siete jueces, nacionales de los Estados miembros de la OEA, elegidos a título personal entre juristas de la más alta autoridad moral, de reconocida competencia en materia

¹⁰³ Cfr. Sepúlveda, César, "México. La Comisión Interamericana y la Convención Americana sobre Derechos Humanos", *La protección internacional de los derechos del hombre. Balance y perspectivas*, México, UNAM, 1983, pp. 199-203; *idem*, "The Inter Americana Commission of Human Rights (1960-1981)", *Israel Yearbook of Human Rights*, 1982, pp. 147-162.

¹⁰⁴ *La protección internacional de los derechos humanos, su desarrollo progresivo*, Madrid, Civitas-Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1987, pp. 157-160.

¹⁰⁵ Cfr. Buergenthal, Thomas, "The Inter-American Court of Human Rights", *The American Journal of International Law*, 72, 2, pp. 232-235; *idem*, "Implementation in the Inter American Human Rights System", *International Enforcement of Human Rights*, F. Bernhardt, J. A. Jolowicz, eds., Berlin, Heidelberg, Springer Verlag, 1987, p. 69; Dunshee de Abranches, C. A., "The Inter-American Court of Human Rights", *American University Law Review*, 1980, pp. 30, 79 y ss.; Kokott, Juliane, "Der interamerikanische Gerichtshof für Menschenrechte und seine bisherige Praxis", *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, 1984, pp. 806-839; Zovatto, Daniel, "Antecedentes de la creación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", *La Corte Interamericana de Derechos Humanos, Estudios y documentos*, San José, Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1986, pp. 207-254; Ventura Robles, Manuel, "Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opiniones y resoluciones 1983, 1984, 1985", *Revista Judicial*, San José, Costa Rica, junio de 1988, pp. 117-132.

de derechos humanos y que reúnan las condiciones requeridas para el ejercicio de las más elevadas funciones judiciales, conforme a la ley del Estado del que sean nacionales o de aquel que los postule como candidatos. No puede haber más de un miembro de la misma nacionalidad (artículos 52 de la Convención y 4 del Estatuto).¹⁰⁶

115. Los jueces son designados en votación secreta por mayoría absoluta de votos de los Estados partes de la Convención en Asamblea General de la OEA, de una lista propuesta por esos mismos Estados, los que pueden presentar hasta tres candidatos, que sean nacionales del Estado que los propone o de cualquier otro miembro de la Organización. El cargo dura seis años y los jueces sólo pueden ser reelegidos una vez (artículos 53 y 54 de la Convención y 5 y 9 del Estatuto).

116. No obstante que esta materia ha sido objeto de discusiones doctrinales, la Convención siguió el ejemplo de la Corte Internacional de Justicia, y estableció el sistema de jueces *ad hoc*, de acuerdo con el cual, el juez que sea nacional de algunos de los Estados partes en el caso sometido a la Corte, conserva su derecho a conocer el mismo. En caso de excusa, ese Estado u otro Estado parte en el asunto que no cuente con un juez nacional, puede designar una persona de su elección para que integre la Corte.¹⁰⁷

117. En el supuesto de que entre los jueces que conozcan una controversia ninguno fuera de la nacionalidad de los Estados parte, cada uno de ellos podrá designar un juez *ad hoc*; pero si varios tuvieran un mismo interés en el caso, se considerarán como uno solo para el efecto de la designación. Estos jueces especiales deben reunir las cualidades señaladas

¹⁰⁶ Los primeros jueces de la Corte Interamericana fueron electos en mayo de 1979: Thomas Buergenthal (Estados Unidos), Máximo Cisneros Sánchez (Perú), Huntley Eugene Munroe (Jamaica), César Ordóñez (Colombia), Rodolfo Piza Escalante (Costa Rica), Carlos Roberto Reina (Honduras) y Rafael Urquía (El Salvador). El último renunció poco tiempo después y fue sustituido por Pedro Nikken (Venezuela).

¹⁰⁷ Esta situación se presentó en la práctica, ya que en los tres casos contenciosos tramitados ante la Corte Interamericana contra el Gobierno de Honduras, el juez Jorge R. Hernández Alcerro, de ese país, se excusó para conocer de estos asuntos, y por este motivo, el citado Gobierno designó como juez *ad hoc* en los propios asuntos, al abogado Rigoberto Espinal Irías, quien, a partir del 21 de agosto de 1986, integra la Corte en relación con estas controversias.

para los titulares (artículos 55 de la Convención, 10 del Estatuto y 17 del Reglamento).¹⁰⁸

118. También se pueden designar jueces interinos por los Estados partes de la Convención, en una sesión del Consejo Permanente de la OEA, a solicitud del Presidente de la Corte, cuando sea necesario preservar el quórum (artículos 6, inciso 3, y 19, inciso 4, del Estatuto y 16 del Reglamento). El quórum para las deliberaciones de la Corte Interamericana es de cinco jueces (artículos 56 de la Convención y 23, inciso 1, del Estatuto). Las decisiones se toman por mayoría de los jueces presentes, con el voto de calidad para el Presidente (artículo 23, inciso 2 del Estatuto y 15, inciso 3 del Reglamento).¹⁰⁹

119. Los jueces de la Corte Interamericana eligen entre ellos al Presidente y al Vicepresidente, por el plazo de dos años. El segundo sustituye al primero en sus ausencias temporales y ocupa su lugar en caso de vacancia. En el último caso, la Corte designará un Vicepresidente que reemplazará al anterior por el resto de su mandato, y el mismo procedimiento se sigue cuando el propio Vicepresidente deje de formar parte de la Corte o renuncie antes de la expiración normal de sus funciones. El Presidente dirige el trabajo de la Corte, la representa, ordena el trámite de los asuntos que someten al tribunal y dirige sus sesiones (artículos 12 del Estatuto y 3 a 5 del Reglamento). Además, se estatuye una Comisión Permanente integrada por el Presidente, el Vicepresidente y un juez nombrado por el primero. Dicha Comisión ayuda y asesora al Presidente en el ejercicio de sus funciones, sin perjuicio de que la Corte pueda designar otras comisiones para tratar temas especiales, las que en caso de urgencia podrán ser nombradas por el Presidente (artículo 61 del Reglamento).

120. También existe una Secretaría cuyo titular es designado por la Corte, por un periodo de cinco años y podrá ser reelegido. El Secretario deberá poseer los conocimientos jurídicos y la experiencia requeridos para ejercer las funciones del cargo y tener conocimiento de los idiomas de trabajo del Tribunal. Además, la propia Corte nombra un secretario adjunto a propuesta del titular, quien auxilia a este último en sus funciones y lo suple en sus ausencias temporales (artículos 14 del Estatuto

¹⁰⁸ Cfr. Dunshee de Abranches, C. A., "La Corte Interamericana de Derechos Humanos", *La Convención Americana sobre Derechos Humanos*, cit., *supra* nota 102, p. 108.

¹⁰⁹ Cfr. Dunshee de Abranches, C. A., *op. ult. cit.*, p. 111.

y 72 a 102 del Reglamento).

121. La Corte celebra dos periodos ordinarios de sesiones al año, uno al comienzo de cada semestre, en la fecha en que el Tribunal decide en su sesión ordinaria inmediatamente anterior, pero en casos muy importantes, el Presidente podrá cambiar esa fecha.

122. Las sesiones extraordinarias serán convocadas por el Presidente o a petición de la mayoría de los jueces. En los casos de extrema gravedad y urgencia, cuando se haga necesario evitar daños irreparables a las personas, las mencionadas sesiones extraordinarias pueden convocarse a solicitud de cualquiera de los jueces. Las audiencias serán públicas, a menos que la Corte en casos excepcionales decida lo contrario; pero las deliberaciones serán privadas y permanecerán en secreto, salvo que la propia Corte considere otra cosa. La sede permanente es la ciudad de San José, Costa Rica,¹¹⁰ pero la Corte podrá celebrar reuniones en cualquier Estado miembro de la Organización cuando se considere conveniente por la mayoría de sus miembros y previa anuencia del gobierno respectivo.¹¹¹ Dicha sede puede ser cambiada por el voto de los dos tercios de los Estados partes en la Convención, emitidos en la Asamblea General de la OEA (artículos 58 de la Convención, 3 y 24 del Estatuto y 14 del Reglamento).

B. Competencia

123. De acuerdo con lo dispuesto por los artículos 1 y 2 de su Estatuto, la Corte Interamericana posee dos atribuciones esenciales: la primera, de naturaleza consultiva, sobre la interpretación de las disposiciones de la Convención Americana así como la de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados Americanos; la segunda, de carácter jurisdiccional, para resolver las controversias que se le planteen respecto a la interpretación o aplicación de la propia Convención Americana.

¹¹⁰ El 10 de septiembre de 1981 fue suscrito el Convenio de Sede entre el Gobierno de Costa Rica y la Corte Interamericana, *Manual de normas vigentes en materia de derechos humanos en el sistema interamericano*, Washington, D. C., Secretaría General de la Organización de Estados Americanos, 1985, pp. 177-185.

¹¹¹ Cfr. Ventura, Manuel, "Costa Rica and the Inter-American Court of Human Rights", *Human Rights Journal*, 1983, pp. 273-281.

124. Al respecto, el primero de los preceptos mencionados establece que la propia Corte es una institución judicial autónoma (aun cuando coincidimos con el destacado internacionalista y juez de la Corte Interamericana, Héctor Gros Espiell, quien considera que debe calificársele de órgano y no de institución),¹¹² cuyo objeto es la aplicación e interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.¹¹³

a) La competencia consultiva

125. Si bien puede calificarse como judicial en sentido amplio, no tiene carácter jurisdiccional como lo estima un sector de la doctrina,¹¹⁴ en virtud de que no implica la resolución de una controversia por un órgano público imparcial,¹¹⁵ sino exclusivamente la emisión de un dictamen u opinión sobre los preceptos cuya interpretación se solicita. Es en este sector en el cual la Convención Americana otorgó una gran amplitud a las funciones de la Corte, tomando en cuenta la situación especial del continente americano, especialmente Latinoamérica, en la cual, por una experiencia histórica dolorosa, existe una desconfianza tradicional hacia el sometimiento de controversias a organismos internacionales.

¹¹²“El procedimiento contencioso ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *La Corte Interamericana de Derechos Humanos*, cit., *supra* nota 105, reproducido en su libro. *Estudios sobre derechos humanos II*, Madrid, Civitas-Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1988, pp. 145-188; *idem*, “Contentious Proceedings before the Inter-American Court of Human Rights”, *Emory Journal of International Dispute Resolution*, vol. I, núm. 2, primavera de 1987, pp. 175-218.

¹¹³Cfr. Ventura Robles, Manuel, “El proyecto de Estatuto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 1979”, *La Corte Interamericana*, cit., *supra* nota 105, pp. 177-180; García Bauer, Carlos, *Los derechos humanos en América*, Guatemala, 1987, pp. 261-262, estima que la Corte no tiene carácter autónomo, en virtud de que su Estatuto es aprobado por la Asamblea General de la OEA. Consideramos que la autonomía de la Corte no depende de sus facultades legislativas, aun cuando expide su Reglamento, sino que significa que no está subordinada jerárquicamente a ninguna autoridad de la OEA para dictar sus resoluciones.

¹¹⁴Cfr. Gros Espiell, Héctor, “El procedimiento contencioso...”, y “Contentious Proceedings”, ambos citados *supra* nota 112, pp. 70 y 180-181, respectivamente.

¹¹⁵Sobre el concepto de jurisdicción, cfr. Alcalá-Zamora y Castillo, Niceto, “Notas relativas al concepto de jurisdicción”, *Estudios de teoría general e historia del proceso (1945-1972)*, México, UNAM, 1974, tomo I, pp. 29-60; Montero Aroca, Juan, “Del derecho procesal al derecho jurisdiccional”, *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, Montevideo, 1984, pp. 19-47; Rigano, Francesco, *Costituzione e potere giudiziario*, Padua, Cedam, 1982.

126. En efecto, además de una gran flexibilidad en cuanto a la legitimación activa (que examinaremos más adelante, párrafos 139-141), la facultad consultiva de la Corte Interamericana se extiende no sólo a la interpretación de la Convención Americana sino también respecto de otros tratados en los cuales se tutelen derechos humanos y tengan aplicación en el continente americano, lo que excede notoriamente la competencia consultiva de otros órganos judiciales internacionales, como los de la Corte Internacional de Justicia, de la Corte Europea de Derechos Humanos y aun de la Corte de las Comunidades Europeas, que son mucho más restringidas.¹¹⁶

127. El concepto de “otros tratados” ha sido objeto de una interpretación extensiva por la misma Corte Interamericana de Derechos Humanos en la Opinión Consultiva Número 1, solicitada por el Gobierno del Perú y resuelta el 24 de septiembre de 1982, en el sentido de que la citada competencia consultiva de la Corte puede ejercerse, en general, sobre toda la disposición concerniente a la protección de los derechos humanos, de cualquier tratado internacional aplicable en los Estados americanos, con independencia de que sea bilateral o multilateral, de cuál sea su objeto principal o de que sean o puedan ser partes del mismo Estados ajenos al sistema interamericano.¹¹⁷

128. Por otra parte, además de la interpretación de los tratados de derechos humanos mencionados (artículo 64.1 de la Convención Americana), los Estados miembros de la OEA pueden solicitar la opinión de la Corte acerca de la compatibilidad entre cualquiera de sus leyes internas y los mencionados instrumentos internacionales.¹¹⁸

¹¹⁶ Cfr. Buergenthal, Thomas, “The Advisory Practice of the Inter-American Human Rights Court”, *La Corte Interamericana de Derechos Humanos*, cit., *supra* nota 105, pp. 24-36; Lockwood, B. B., “Advisory Opinions of the Inter-American Court of Human Rights”, *Denver Journal of International Law and Policy*, otoño de 1984, invierno de 1985, pp. 245-267; Nieto Navia, Rafael, *Introducción al Sistema Interamericano de Protección a los Derechos Humanos*, Bogotá, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Pontificia Universidad Javeriana, 1988, pp. 111-112; Ventura Robles, Manuel, “Corte Interamericana de Derechos Humanos”, cit., *supra* nota 105, pp. 118-126.

¹¹⁷ Cfr. Cisneros Sánchez, Máximo, “Algunos aspectos de la jurisdicción consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *La Corte Interamericana...*, cit., *supra* nota 105, pp. 59-69.

¹¹⁸ Cfr. Cisneros Sánchez, Máximo, *op. ult. cit.*, pp. 65-66; Buergenthal, Thomas; Norris, Robert y Shelton, Dinah, *Protecting Human Rights in the Americas. Selected Problems*, 2a. ed., Kehl, Engel Publishers, 1986, pp. 303-308; García Bauer, Carlos, *Los derechos humanos en América*, cit., *supra* nota 113, pp. 248-249.

b) La función jurisdiccional

129. Dicha función es más limitada en cuanto, de acuerdo al modelo europeo,¹¹⁹ tiene carácter potestativo para los Estados partes, es decir, sólo puede realizarse cuando los propios Estados reconozcan, de manera expresa como obligatoria, la competencia de la Corte, ya sea en forma incondicional, bajo condición de reciprocidad, por un plazo determinado o para casos específicos. Además, como ya se ha señalado (véase *supra* párrafo 123), las controversias planteadas ante la Corte sólo pueden referirse a la interpretación y aplicación de las disposiciones de la Convención Americana (artículo 62 de la Convención).

c) Legitimación procesal

130. Ésta varía si se trata del procedimiento consultivo, o bien, de la tramitación de los asuntos contenciosos. En el primer supuesto, es decir, en relación con la competencia consultiva, la legitimación activa es muy amplia, en cuanto pueden solicitar una opinión a la Corte cualquier Estado de la OEA, la Comisión Interamericana, así como otros órganos de la propia OEA, en lo que les compete.¹²⁰ A este último respecto, la Corte Interamericana, en la Opinión Consultiva Número 2, emitida el 24 de septiembre de 1982, expresó que los citados órganos de la OEA, para solicitar dictámenes, deben poseer un “legítimo interés institucional” que se deduce de los instrumentos y normas legales aplicables a la entidad respectiva.¹²¹

¹¹⁸ Cfr. Cisneros Sánchez, Máximo, *op. ult. cit.*, pp. 65-66; Buergenthal, Thomas; Norris, Robert y Shelton y Dinah, *Protecting Human Rights in the Americas. Selected Problems*, 2a. ed., Kehl, Engel Publishers, 1986, pp. 303-308; García Bauer, *Los derechos humanos en América*, cit. *supra* nota 113, pp. 248-249.

¹¹⁹ Cfr. Eissen, Marc-André, *El Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, trad. Javier García de Enterría, L. Velásquez, Madrid, Civitas, 1985, pp. 25-40.

¹²⁰ De acuerdo con el artículo 51 de la Carta de la OEA, dichos órganos son: la Asamblea General, las Reuniones Consultivas de los Ministros de Relaciones Exteriores, los Consejos Permanentes de la OEA, Consejo para la Educación, la Ciencia y la Cultura, el Comité Jurídico Interamericano, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la Secretaría General, así como las Conferencias y las Organizaciones Especiales. Cfr. Buergenthal, Thomas, “The Advisory Practice of the Inter-American Human Rights Court”, cit., *supra* nota 116.

131. Por lo que respecta a la legitimación procesal en la función estrictamente jurisdiccional, sólo pueden acudir a la Corte Interamericana para plantear una controversia relativa a la interpretación y aplicación de la Convención, en primer término la Comisión Interamericana, tratándose de reclamaciones individuales tramitadas ante ella, o bien un Estado parte de la Convención. Desde el punto de vista de la legitimación pasiva, puede ser parte demandada el Estado parte de la Convención al que se le atribuya la violación de los derechos humanos en la misma, siempre que hubiese reconocido expresamente la competencia de la Corte (véase *infra* párrafo 138) (artículo 62 de la Convención). También puede ser demandada la Comisión Interamericana cuando un Estado objete la decisión de la propia Comisión (artículo 25.1 del Reglamento de la Corte).¹²²

132. Hasta la fecha, 10 Estados partes han reconocido expresamente y de manera general la competencia de la Corte Interamericana, sometiéndose a su jurisdicción: Argentina (1984); Colombia (1985); Costa Rica (1980); Ecuador (1984); Guatemala (1987); Honduras (1981); Perú (1981); Surinam (1987); Uruguay (1985), y Venezuela (1981).

C. Procedimiento

133. Como lo hemos señalado anteriormente, la tramitación puede dividirse en dos categorías: consultiva y contenciosa. Examinaremos brevemente la primera.

a) Tramitación de las opiniones consultivas

134. Como se ha mencionado con anterioridad (véase *supra* párrafo 130), tanto los Estados miembros de la OEA, como los órganos de la misma Organización, en particular la Comisión Interamericana, están legitimados para solicitar de la Corte Interamericana la interpretación de las disposiciones de la Convención de San José, de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos, así como de las leyes internas en cuanto a su compatibilidad

¹²¹ Cfr. Cisneros Sánchez, Máximo, "Algunos aspectos de la jurisdicción consultiva", cit., *supra* nota 117, pp. 60-61; Buergenthal, Thomas; Norris, Robert y Shelton, Dinah, *Protecting Human Rights in the Americas*, cit., *supra* nota 118, pp. 296-302.

¹²² Cfr. Gros Espiell, Héctor, "El procedimiento contencioso ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos", cit., *supra* nota 112, pp. 70-71; Buergenthal, Thomas, "The Inter-American Court of Human Rights", cit., *supra* nota 105, pp. 235-239.

con los preceptos internacionales. El procedimiento se inicia con la presentación de la solicitud respectiva, cuyas copias se envían a los Estados a los cuales pueda concernir el asunto, así como al Secretario General de la OEA, para su remisión a sus diversos órganos interesados. Al enviar dicho documento, el Secretario de la Corte informará a los interesados y a la Comisión Interamericana, que la Corte recibirá sus observaciones escritas dentro del plazo fijado por el Presidente del Tribunal (artículos 64 de la Convención, y 49 a 52 del Reglamento).¹²³

135. Una institución significativa, que se ha utilizado en las diversas consultas, se inspira en el procedimiento judicial angloamericano y se refiere a los documentos presentados, generalmente por organizaciones no gubernamentales que defienden los derechos humanos, en realidad de *Amicus Curiae*. Como lo ha señalado la doctrina, no existe en la Convención Americana ni en el Estatuto de la Corte ninguna disposición que se refiera expresamente a las opiniones presentadas como *Amicus Curiae*, pero su procedencia puede apoyarse en el artículo 34.1 del Reglamento, el cual dispone que la Corte podrá, ya sea petición de una parte, o de los delegados de la Comisión, o bien de oficio, oír en calidad de testigo o de perito, o de cualquier otro título, a cualquier persona, cuyo testimonio o declaraciones se estimen útiles para el cumplimiento de su tarea.¹²⁴

136. Una vez terminada la tramitación escrita, la Corte puede fijar una o varias audiencias de carácter oral para escuchar las opiniones de los delegados del Estado y la del organismo que ha solicitado la opinión, así como las de aquellos otros gobiernos u organismos que tengan interés en expresar sus puntos de vista en dichas audiencias. Ha sido una práctica constante que la Comisión Interamericana envíe delegados a las audiencias, aun en los casos en los cuales no ha pedido el dictamen de la Corte.

137. Con las audiencias se termina el procedimiento y se inician las deliberaciones de los jueces para adoptar la opinión, a la cual se le da lectura en una audiencia pública. Los jueces pueden redactar opiniones individuales, ya sean concurrentes o de disidencia, las que también han sido frecuentes. Finalmente, debe destacarse que, en relación con el

¹²³ Algunos Estados partes, y casi siempre la Comisión Interamericana, formulan observaciones sobre las consultas solicitadas, cfr. Buergethal, Thomas, "The Advisory Practice of the Inter-American Human Rights Court", cit. *supra* nota 105, pp. 36-39.

¹²⁴ Cfr. Moyer, Charles, "The Role of *Amicus Curiae* in the Inter-American Court of Human Rights", *Corte Interamericana*, cit., *supra* nota 105, pp. 103-114.

citado procedimiento, pueden aplicarse, cuando se estime conveniente, las disposiciones del Reglamento relativas al procedimiento contencioso (artículos 53 y 54 del citado Reglamento).

138. Como resulta explicable, debido a la reticencia de aceptar la competencia contenciosa de la Corte por los Estados partes, que lo han hecho de manera muy paulatina (véase *infra* párrafo 142), el procedimiento consultivo ha sido utilizado con mucho más frecuencia. En efecto, hasta la fecha se han emitido por la Corte Interamericana nueve opiniones consultivas, y una se encuentra pendiente. Todas ellas han sido de gran utilidad para fijar una verdadera jurisprudencia sobre la interpretación de varios preceptos esenciales de la Convención Americana, que de otra manera no hubiera sido posible efectuar, en virtud de que los primeros casos contenciosos, en sentido estricto, fueron sometidos por la Comisión Interamericana a la Corte hasta abril de 1986 (véase *infra* párrafos 144-163).¹²⁵

139. Las dos primeras consultas fueron resueltas el 24 de septiembre de 1982. La primera, solicitada por el Gobierno del Perú sobre "Otros Tratados" objeto de la función consultiva de la Corte (artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos) (véase *supra* párrafo 130); y la segunda, pedida por la Comisión Interamericana, se refirió al efecto de las Reservas en la entrada en vigencia de la propia Convención (artículos 74 y 75). La tercera fue emitida el 8 de septiembre de 1983, a petición de la Comisión Interamericana, respecto a las restricciones a la pena de muerte (artículos 4.2 y 4.4 de la Convención). La número cuatro fue emitida el 10 de enero de 1984, a solicitud del Gobierno de Costa Rica, en relación con la propuesta de modificación a la Constitución Política de ese país, sobre la naturalización, y es la única que ha versado sobre la compatibilidad de preceptos del ordenamiento interno, inclusive en proyecto, con la Convención Americana (artículo 64.2).

140. La opinión número cinco fue dictada el 13 de noviembre de 1985, a petición del Gobierno de Costa Rica, sobre la colegiación obligatoria de

¹²⁵ Cfr. Nieto Navia, Rafael, "La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", *Corte Interamericana*, cit., *supra* nota 105, pp. 115-153; *idem*, *Introducción al sistema interamericano*, cit., *supra* nota 116, pp. 109-171; Chueca Sancho, Ángel G., "La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", *Anuario de Derechos Humanos*, Madrid, 3, 1985, pp. 573-599.

los periodistas en relación con la libertad de pensamiento y de expresión consagrada por el artículo 13 de la Convención. Esa opinión fue objeto de numerosos comentarios en la prensa de varios países por la trascendencia del dictamen. La siguiente, es decir, la número seis, fue pronunciada el 9 de mayo de 1986, a solicitud del Gobierno de Uruguay, y versó sobre la expresión “leyes” en el artículo 30 de la Convención Americana, precepto que se refiere a las restricciones de los derechos humanos permitidas por la misma Convención (véase *infra* párrafo 151). La opinión número siete fue dictada el 29 de agosto de 1986, a petición del Gobierno de Costa Rica, respecto a la exigibilidad del derecho de respuesta que tiene toda persona afectada con informaciones inexactas o agraviantes emitidas en su perjuicio a través de los medios de difusión (artículo 14 de la Convención).

141. Las últimas opiniones, es decir, las números ocho y nueve, se encuentran muy relacionadas entre sí. La primera fue emitida el 30 de enero de 1987, a solicitud de la Comisión Interamericana, y se refiere al hábeas corpus bajo la suspensión de garantías (artículos 27.2 y 25.1 y 7.6 de la Convención Americana), en tanto que la segunda, fue pronunciada el 6 de octubre del mismo año, a instancia del Gobierno de Uruguay, sobre las garantías judiciales en situaciones de emergencia (artículos 27.2, 25 y 8 de la Convención Americana) (véase *infra* párrafo 143).

142. Todas estas opiniones consultivas han sido de gran importancia para establecer el alcance y contenido de varios preceptos de la Convención Americana, pero como sería imposible reseñar, así sea brevemente todas ellas, consideramos que asumen particular trascendencia las siguientes: la número seis, puesto que analiza la expresión “leyes” en relación con los efectos de las restricciones permitidas a los derechos humanos consagrados por la Convención (artículo 30), ya que, al respecto, la Corte Interamericana consideró que las leyes a que se refiere dicho precepto significan normas jurídicas de carácter general, ceñidas al bien común, emanadas de los órganos legislativos constitucionalmente previstos y democráticamente elegidos, y elaboradas según el procedimiento establecido por las constituciones de los Estados partes para la formación de las leyes.

143. También es conveniente señalar las opiniones de la Corte en las consultas octava y novena. En la octava se señaló que los procedimientos jurídicos señalados en los artículos 25.1 (amparo) y 7.6 (hábeas corpus) de la Convención Americana, no pueden ser suspendidos con apoyo en el artículo 27.2 de la misma, porque constituyen garantías judiciales in-

dispensables para proteger derechos y libertades que tampoco pueden suspenderse según la misma disposición. Y en la novena de las opiniones formuladas por la Corte, ésta estableció que deben considerarse como garantías judiciales indispensables no susceptibles de suspensión, en los términos de los preceptos mencionados, el hábeas corpus, el amparo, o cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes destinados a garantizar el respeto a los derechos y libertades cuya suspensión no está autorizada por la misma Convención, y que también deben considerarse como no suspendibles los procedimientos judiciales inherentes a la forma democrática representativa de gobierno, previstos en el derecho interno de los Estados partes como idóneos para garantizar la plenitud del ejercicio de los propios derechos no suspendibles y cuya supresión o limitación comporte la indefensión de tales derechos.¹²⁶

b) El procedimiento de las controversias jurisdiccionales

144. Este procedimiento se inspira esencialmente en el establecido para los asuntos contenciosos sometidos a la Corte Internacional de Justicia y a la Corte Europea de Derechos Humanos, en cuyos lineamientos procesales existe un paralelismo, que con algunos matices han sido recogidos por la Convención Americana y por el Reglamento de la Corte Interamericana.¹²⁷

145. La tramitación se inicia con la presentación de una instancia (que se califica de demanda), ya sea por la Comisión Interamericana o por el Estado parte; en este segundo supuesto, cuando considere que otro Estado parte que hubiese reconocido la competencia de la Corte ha infringido los derechos humanos consagrados en la Convención Americana, o en

¹²⁶ Cfr. Zovatto, Daniel G., "La interpretación del artículo 27 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en las opiniones consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, San José, Costa Rica, núm. 7, enero-junio de 1988, pp. 46-65.

¹²⁷ Cfr. Gros Espiell, Héctor, "El procedimiento contencioso ante la Corte Interamericana", pp. 73-74; *idem*, "Contentious Proceedings", ambos citados *supra* nota 112, pp. 73-74 y 182-184, respectivamente.

virtud de que exista inconformidad con la decisión de la propia Comisión (artículo 25 del Reglamento).¹²⁸

c) Excepciones preliminares

146. Una vez notificada la demanda contestada por el Estado o la Comisión demandados, pueden presentarse las que el Reglamento de la Corte califica como "excepciones preliminares", que comprenden las que en el proceso común se califican como dilatorias, y aquellas relacionadas con los presupuestos procesales (que deben ser resueltas de inmediato), y las que se refieren al objeto del proceso, que deben decidirse conjuntamente con la cuestión de fondo. Esas objeciones preliminares no suspenden el procedimiento y se analizan tomando en cuenta las exposiciones escritas y las pruebas de las partes (artículo 27 de Reglamento).

147. Los problemas relativos a las excepciones preliminares son muy complejos, pues dentro de ellas pueden quedar comprendidas cuestiones procesales de diversa naturaleza, como son las relativas a la competencia de la Corte, las condiciones de admisibilidad (como por ejemplo, la conclusión del procedimiento contradictorio ante la Comisión Interamericana), los presupuestos procesales propiamente dichos y algunas otras cuestiones que pueden estar relacionadas con el fondo. Entre estas últimas se encuentra el problema del agotamiento de los recursos internos, que es uno de los requisitos esenciales para la procedencia de las reclamaciones individuales ante la propia Comisión (artículo 46 de la Convención y 37 del Reglamento de la propia Comisión), y que con independencia de la apreciación de esta última, la Corte se encuentra en libertad de examinar.¹²⁹

¹²⁸ De acuerdo con lo establecido por el artículo 25.1 del Reglamento de la Corte Interamericana, la citada demanda, interpuesta por un Estado parte o por la Comisión Interamericana, deberá contener la indicación del objeto de la misma, los derechos humanos involucrados y, en su caso, las objeciones elevadas contra la opinión de la citada Comisión, así como el nombre y la dirección de los agentes o delegados.

¹²⁹ Cfr. sobre este complicado problema, la obra clásica de Cançado Trindade, A. A., *The Application of the Rule of Exhaustion of Local Remedies in the International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 1983, pp. 1-42; *idem*, "O esgotamento dos recursos internos e a evolução da noção de 'vítima' no direito internacional dos direitos humanos", *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, San José, Costa Rica, núm. 3, enero-junio de 1986, pp. 5-78.

148. La Corte Interamericana ha tenido ocasión de pronunciarse sobre esta etapa preliminar en los tres casos contenciosos que le fueron sometidos por la Comisión en contra del Gobierno de Honduras, ya que este último interpuso varias excepciones preliminares relativas a defectos de tramitación ante la Comisión y a la falta de agotamiento de los recursos internos. Se consideró tan importante este planteamiento que la Corte celebró audiencias públicas en cada uno de estos casos, para escuchar los puntos de vista de los delegados de la Comisión y del Gobierno demandado. El 26 de junio de 1987, la Corte dictó resolución en cada uno de los tres asuntos, desestimando las excepciones preliminares interpuestas, con excepción de las relativas al agotamiento de los recursos internos, que ordenó unir a la cuestión de fondo.

149. En el supuesto de que no se planteen cuestiones preliminares, o bien que las mismas sean desechadas, como en los procesos mencionados, se inician las dos etapas del procedimiento contradictorio, una escrita y otra de carácter oral, en la inteligencia de que el Presidente de la Corte, después de escuchar las opiniones de los representantes de las partes, señala los plazos en los cuales deben presentarse las instancias y otros documentos (artículos 28 y 29 del Reglamento).

150. La parte escrita del procedimiento comprende la presentación de una memoria y de una contramemoria; pero en circunstancias especiales, la Corte puede autorizar también la formulación de réplica y dúplica (artículo 30 del Reglamento).

151. La apertura del procedimiento oral se efectúa previa consulta con los representantes de las partes y delegados de la Comisión, procedimiento que se concentra en una o varias audiencias, en las cuales se desahogan las declaraciones de los peritos, de los testigos y de otras personas que la Corte decida oír. Todos pueden ser interrogados por los jueces y también por los representantes de las partes, con la moderación del Presidente del Tribunal (artículos 32 a 41 del Reglamento).

d) Terminación anticipada del proceso

152. Esto puede ocurrir en dos hipótesis: la primera cuando la parte actora notifica al Secretario de la Corte su intención de desistir. Si las otras partes aceptan dicho desistimiento, la Corte puede ordenar el archivo del expediente, después de conocer los puntos de vista de la Comisión Interamericana. También puede ordenarse el archivo del asunto cuando

en una causa presentada por la citada Comisión, ésta recibe comunicación de una solución amistosa, de una avenencia o de otro hecho apto para proporcionar una solución amistosa del litigio. No obstante lo anterior, la propia Corte está facultada para resolver que se prosiga en el examen del caso (artículo 42 del Reglamento).

e) Medidas precautorias o cautelares

153. En cualquier etapa del procedimiento, siempre que se trate de casos de extrema gravedad y urgencia y cuando se haga necesario evitar daños irreparables a las personas, la Corte podrá tomar medidas provisionales que considere convenientes. Cuando se trate de asuntos que aún no están sometidos a su conocimiento, el Tribunal podrá actuar a solicitud de la Comisión Interamericana. Dichas medidas se pueden decretar en cualquier momento, de oficio, a petición de una de las partes o de la Comisión (artículos 63.2 de la Convención y 23 del Reglamento).¹³⁰

154. La Corte Interamericana, en la tramitación de los tres casos contenciosos antes mencionados, ha ejercitado sus atribuciones sobre medidas precautorias. En efecto, de oficio y al tener conocimiento del asesinato de una de las personas convocadas a declarar y posteriormente de otra que ya había rendido su testimonio, hechos ocurridos en la ciudad de Tegucigalpa, la Corte solicitó al Gobierno de Honduras, por auto de 15 de enero de 1988, que tomara las medidas necesarias para prevenir nuevos atentados contra los derechos fundamentales de quienes hubiesen comparecido o estuviesen llamados a hacerlo, y que realizara las investigaciones de los crímenes citados. A petición de la Comisión Interamericana, la propia Corte, después de celebrar una audiencia pública para escuchar a las partes, dictó un nuevo proveído el 19 del citado mes de enero, para pedir al propio gobierno medidas precautorias adicionales para proteger la integridad física de los testigos y demás comparecientes, así como informes sobre las investigaciones realizadas en relación con los asesinatos mencionados. En todos los procedimientos citados, el Gobierno manifestó su conformidad con las medidas acordadas.

¹³⁰ Cfr. Buergenthal, Thomas, "The Inter-American Court of Human Rights", cit., *supra* nota 105, pp. 240-241; Gros Espiell, Héctor, "El procedimiento contencioso", cit., *supra* nota 112, pp. 83-84.

f) La Comisión Interamericana como parte

155. No existe consenso doctrinal sobre la situación de la Comisión Interamericana en sus intervenciones ante la Corte, puesto que las mismas pueden configurar diversas posiciones, tomando en consideración que de acuerdo con el artículo 57 de la Convención de San José: "La Comisión comparecerá en todos los casos ante la Corte", lo que significa que en los supuestos de competencia del citado Tribunal, ya sea jurisdiccional o consultivo, debe tomarse en cuenta a la propia Comisión.

156. A nuestro modo de ver, la Comisión Interamericana puede asumir tres posiciones en relación con el procedimiento contencioso ante la Corte. La primera de ellas, y la más importante en nuestra opinión, es la de parte demandante, al no lograr, en las reclamaciones individuales, una solución amistosa, ni tampoco el cumplimiento de las recomendaciones que formula a determinado Estado, miembro de la OEA o parte de la Convención Americana, cuando éste no efectúa las actividades necesarias para reparar la violación denunciada, la Comisión opta por formular una instancia ante la Corte (la otra alternativa es publicar la decisión) (artículos 50 y 51 de la Convención, 47 a 50 del Reglamento de la Comisión).¹³¹

157. En este supuesto, es decir, como parte demandante, la Comisión actúa en una posición similar, pero no idéntica, al Ministerio Público, como acusadora en contra del Estado o de los Estados demandados que hubiesen aceptado la competencia de la Corte y que se estiman, por la Comisión, como infractores de los derechos de los promoventes o denunciados. Decimos que como parte acusadora, la actividad de la Comisión no es totalmente equiparable a la del Ministerio Público, porque el procedimiento contencioso ante la Corte no asume carácter de proceso penal, en virtud de que no tiene por objeto determinar la imputación criminal, si existe, de las personas que realizaron los hechos que se consideran violatorios, sino establecer la responsabilidad internacional del Estado en el cual se cometieron los actos que infringieron la Convención Americana.¹³²

¹³¹ Cfr. Fix-Zamudio, Héctor, "El sistema americano de protección de los derechos humanos", *Cuadernos del Instituto de Investigaciones Jurídicas*, México, núm. 1, enero-abril de 1986, pp. 71-72.

¹³² Sobre las diferencias entre el proceso penal y el de la Corte Interamericana en los casos contenciosos, cfr. Piza Escalante, Rodolfo, "La jurisdicción contenciosa del Tribunal Interamericano de Derechos Humanos", *Corte Interamericana...*, cit., *supra* nota 105, pp. 161-162.

158. También puede figurar la Comisión Interamericana como parte demandada por un Estado que se encuentre en desacuerdo con las conclusiones de la propia Comisión, que le afecten (artículos 25.1 del Reglamento de la Corte). Pero aun cuando la propia Comisión no actúe como demandante o como demandada, será tenida como parte en todo caso contencioso de acuerdo con lo establecido por el artículo 28 del Reglamento de la Corte. En este supuesto, la doctrina considera que existe una tercera posición de parte.¹³³ Consideramos que no se trata propiamente de una parte que asuma una actitud contradictoria,¹³⁴ sino que, al intervenir como un órgano de protección de los derechos humanos, adopta una posición también similar al Ministerio Público en los diversos tipos de proceso que no tengan carácter penal, en los que no tiene una función acusadora, sino de representante de intereses sociales, en relación con los cuales actúa más bien como asesor del tribunal y no como parte en sentido estricto.¹³⁵

g) Sentencia

159. Una vez que ha terminado la instrucción y celebradas las audiencias de fondo, la Corte delibera en privado para establecer una votación preliminar, de acuerdo con la cual designa uno o más ponentes entre los jueces de la mayoría o minoría respectivas, fijándose entonces la fecha de la discusión y votación definitivas, en la que se aprueba la redacción del fallo, que se comunica a las partes en una audiencia pública. El fallo será firmado por todos los jueces que participaron en la votación, los que pueden formular votos de disidencia o concurrentes, pero es válida la resolución suscrita por la mayoría de los jueces (artículos 66 de la Convención y 46 del Reglamento).

¹³³ Cfr. Gros Espiell, Héctor, "El procedimiento contencioso", cit., *supra* nota 112, p. 79.

¹³⁴ Cfr. Alcalá-Zamora y Castillo, Niceto, "El antagonismo juzgador-partes: situaciones intermedias y dudosas", *Estudios de teoría general e historia del proceso...*, cit., *supra* nota 115, tomo I, pp. 303-309.

¹³⁵ Cfr. Cappelletti, Mauro, "The Role of Ministero Public. The Prokuratura, and the Attorney General in Civil Litigation, with a Glance at other Forms or Representation of Public and Group Interest in Civil Proceeding", *Public Interest Parties and the Active Role of the Judge in Civil Litigation*, Milán-Dobbs Ferry, Nueva York, Giuffrè-Oceana, 1975, pp. 13-99.

160. El fallo es definitivo e inapelable. En el supuesto de desacuerdo sobre el sentido y alcance de la resolución, a solicitud de cualquiera de las partes, presentada dentro de los 90 días a partir de la fecha de su notificación, la Corte Interamericana interpretará su decisión, pero sin que esa solicitud suspenda los efectos de la sentencia (artículos 66 y 67 de la Convención y 48 del Reglamento).

h) Cumplimiento de la resolución

161. Cuando la sentencia determina la responsabilidad del Estado demandado, no puede ejecutarse de manera forzada como ocurre en el proceso interno, por lo que un sector de la doctrina considera que dicha sentencia de la Corte Interamericana es obligatoria pero no ejecutiva, en virtud de que, en los términos del artículo 68 de la Convención, los Estados partes de la misma que hubiesen reconocido la competencia de la propia Corte, se comprometen a cumplir con la decisión del Tribunal, en todo caso en que sean partes.¹³⁶

162. Existe, sin embargo, un medio de presión moral para lograr el cumplimiento del fallo, a través del informe anual que debe presentar la Corte Interamericana a la consideración de la Asamblea General de la OEA, en el que, de manera especial y con las recomendaciones pertinentes, señalará los casos en que un Estado no haya dado cumplimiento a su decisión (artículos 65 de la Convención y 30 del Estatuto de la Corte). Al respecto, el destacado internacionalista profesor A. H. Robertson, por desgracia recientemente desaparecido, consideró que si bien la presentación de un informe anual es un procedimiento poco usual para un órgano judicial, puede ser un medio eficaz para lograr la ejecución del fallo, puesto que la publicidad del incumplimiento es algo que la mayoría de los gobiernos prefiere evitar.¹³⁷

163. Por otra parte, si en la sentencia de la Corte se decide que hubo violación de un derecho o libertad protegidos por la Convención de San José, dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o

¹³⁶ Cfr. Dunshee de Abranches, C. A., "La Corte Interamericana", cit., *supra* nota 108, p. 125.

¹³⁷ "Pacto y protocolo opcional de las Naciones Unidas. Convención Americana y Convención Europea sobre Derechos Humanos Estudio comparativo", *La protección internacional de los derechos del hombre*, cit., *supra* nota 103, p. 187.

libertad conculcados, y si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación violatorias. En el último supuesto, la indemnización compensatoria se podrá exigir al país respectivo, a través del procedimiento interno vigente para la ejecución de las sentencias contra el Estado (artículos 63.1 y 68.2 de la Convención).¹³⁸

164. La Corte Interamericana pronunció sus primeros fallos, en cuanto al fondo, los días 29 de julio de 1988 y 20 de enero de 1989, respectivamente, en dos de los tres procesos introducidos por la Comisión Interamericana. En efecto, en relación con los casos Velásquez Rodríguez y Godínez Cruz, la propia Corte, en sus extensas y cuidadosas sentencias, decidió desestimar en ambos casos la excepción preliminar de no agotamiento de los recursos internos, opuesta por el Gobierno demandado y declaró que el Estado de Honduras violó en perjuicio de Ángel Manfredo Velásquez Rodríguez y de Saúl Godínez Cruz, los deberes de respeto y de garantía de los derechos a la libertad e integridad personales, y de garantía en cuanto al derecho a la vida; derechos consagrados por los artículos 7, 5 y 4 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 de la misma.

165. Como consecuencia de lo anterior, la Corte resolvió, en ambos casos, que el Estado de Honduras está obligado a cubrir una justa indemnización compensatoria a los familiares de cada una de las víctimas, cuya forma y cuantía serían fijadas por la Corte. En cuanto al procedimiento de ejecución de los fallos, la Corte estableció una variante. En el caso Velásquez Rodríguez se estableció un plazo de seis meses contado a partir de la fecha de la mencionada sentencia (29 de julio de 1988), a fin de que el Estado demandado y la Comisión Interamericana pudiesen llegar a un acuerdo sobre la indemnización y, en su defecto, la determinación de la misma la haría la Corte. En el segundo caso (Godínez Cruz), la forma y cuantía de la indemnización respectiva serían fijadas directamente por la Corte en la ejecución del fallo, pero en el auto de la propia Corte dictado en la misma fecha de la segunda sentencia (20 de enero de 1989), a continuación de su lectura pública, se estableció que esta fijación se efectuaría sin perjuicio de que las partes pudiesen llegar a un acuerdo. En ambos casos se dejó abierto el procedimiento para los efectos mencionados, y

¹³⁸ Cfr. Buergenthal, Thomas, "The Inter-American Court of Human Rights", cit., *supra* nota 105, p. 241; Gros Espiell, Héctor, "El procedimiento contencioso...", cit., *supra* nota 112, pp. 89-93.

se decidió que en el supuesto de llegarse a un acuerdo entre las partes, éste sería homologado por la Corte.

166. Sería posible resumir en pocas líneas los aspectos esenciales de estas importantes sentencias, en cuanto que las controversias se refieren a dos casos de desaparición forzada de personas, que plantean cuestiones complejas de carácter probatorio, puesto que en situaciones de esa naturaleza existe la intención, por los autores de los hechos violatorios, de suprimir toda evidencia directa. Además, también existen problemas complicados en cuanto a la responsabilidad del Estado demandado, el cual, con independencia de las violaciones de determinados derechos concretos reconocidos por la Convención, como los relativos a la libertad e integridad personales, y a la vida (artículos 7, 5 y 4) ya mencionados, infringe también el artículo 1.1 de la misma Convención, ya que en este último precepto pone a cargo de los Estados partes los deberes fundamentales de protección y de garantía, de tal modo que todo menoscabo a los derechos humanos consagrados en la Convención, que pueda ser atribuido, según las reglas del derecho internacional, a la acción u omisión de cualquier autoridad pública, constituye un hecho imputable al Estado, que compromete su responsabilidad en los términos de la misma Convención, como se afirma en las consideraciones de los fallos citados.

X. CONCLUSIONES

167. De acuerdo con las reflexiones anteriores, podemos llegar a las siguientes conclusiones:

168. *Primera.* El tema de la tutela jurisdiccional de los derechos humanos en los ordenamientos latinoamericanos es sumamente complejo, si se toma en consideración que nuestros países han recibido, en primer término, una influencia angloamericana, especialmente a través del modelo constitucional de los Estados Unidos, que sirvió de paradigma en los primeros años de la independencia de España y un poco más tarde, también respecto de Brasil. Además debe destacarse que el modelo estadounidense se introdujo en Latinoamérica en ordenamientos que se habían forjado en la tradición romano-canónica, a través de más de tres

siglos de dominación española y portuguesa, por lo que su resultado fue productos híbridos, derivados del trasplante legal de la revisión judicial angloamericana, que en los Estados Unidos debe considerarse como un principio y no como un procedimiento concreto, en tanto que en nuestra región se tradujo en la creación de instituciones procesales específicas.

169. *Segunda.* En épocas recientes se advierte una tendencia hacia el establecimiento de cortes o tribunales constitucionales de acuerdo con el modelo que surgió en la Constitución austriaca de 1920, debido a las ideas del ilustre Hans Kelsen, y que en la segunda posguerra se extendió a varios de los ordenamientos europeos continentales, incluyendo algunos países socialistas. Este nuevo trasplante legal, ahora en un suelo jurídico abonado con la experiencia de más de un siglo de las mencionadas instituciones híbridas derivadas de la revisión judicial angloamericana y la tradición romanista de origen ibérico, tuvo como resultado, a su vez, una combinación de tradiciones y tendencias, que pretende coordinar estos factores, de tal manera que puedan subsistir los principios de los dos grandes sistemas de control constitucional (una de cuyas funciones esenciales es la tutela jurisdiccional de los derechos humanos), es decir, el americano y el austriaco.

170. *Tercera.* El primero de los instrumentos procesales de carácter tutelar de los derechos humanos es el denominado hábeas corpus, que también recibe la denominación castellana de “exhibición personal”. Es una institución de origen británico que constituye una excepción a la afirmación de que el modelo angloamericano de protección jurisdiccional de las normas y valores constitucionales debe considerarse como un principio y no como instituciones procesales concretas, ya que esta institución tutelar de la libertad personal se conformó desde sus orígenes como un procedimiento específico, que se ha consagrado en la casi totalidad de las Constituciones latinoamericanas, con el significado clásico de un procedimiento judicial para la tutela de la libertad y de la integridad personales, en contra de detenciones arbitrarias, generalmente de carácter administrativo, es decir, las ordenadas y practicadas por el Ministerio Público o por la policía, las que son muy frecuentes en nuestra región y, de manera excepcional, se admite respecto de resoluciones judiciales. También pueden observarse algunas modalidades del hábeas corpus en el derecho latinoamericano, ya que por la ausencia, en determinadas épocas, de otros instrumentos tutelares, la legislación y la jurisprudencia

extendieron esta institución a la protección de los restantes derechos humanos consagrados constitucionalmente, con exclusión de los de carácter patrimonial. A este respecto podemos citar los ejemplos de Brasil, Bolivia y Perú.

171. *Cuarta.* El derecho de amparo surgió en el ordenamiento constitucional mexicano, primero en la Constitución yucateca de 1841, que también fue el primer documento en introducir la revisión judicial estadounidense, de acuerdo con su divulgación en el libro de Tocqueville, que se menciona expresamente; con posterioridad, en el ámbito nacional, en el documento denominado Acta de Reformas (a la Constitución Federal de 1824), y definitivamente en los artículos 101 y 102 de la Carta Federal de 1857. De ahí pasó de manera paulatina a varios ordenamientos constitucionales de Latinoamérica y actualmente está regulado, con diversas modalidades, en las Constituciones 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 las instituciones similares del *mandado de segurança* brasileño (que algunos autores han traducido al castellano como mandamiento de amparo), y el recurso de protección de la Constitución chilena de 1980.

172. *Quinta.* 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 de todo el ordenamiento jurídico, como en la legislación mexicana, que abarca tanto la tutela de la propia libertad personal como la impugnación de todas las resoluciones judiciales de los tribunales del país, por infracción de la legislación secundaria (casación); algunos aspectos de lo contencioso-administrativo; la impugnación de las leyes inconstitucionales y la protección de los derechos 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 hábeas corpus o exhibición personal.

173. *Sexta.* La revisión judicial de la constitucionalidad de las leyes, de acuerdo con el modelo estadounidense, prácticamente ha sido establecida en la totalidad de las legislaciones latinoamericanas, inclusive en aquellos ordenamientos que conservaron durante más tiempo la influencia russeaniana de la preeminencia de organismo legislativo, como Ecuador y Perú. Sin embargo, asume numerosos matices, entre los cuales podemos citar dos variantes: la primera se desarrolla a través del llamado control difuso, en cuanto atribuye a todos los jueces y tribunales, con independencia de su jerarquía, 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 Supremo. Aquí podemos señalar, como ejemplo, las legislaciones de Argentina y Brasil que, además, son de carácter federal, las que por medio del recurso extraordinario de inconstitucionalidad se aproximan al paradigma estadounidense de revisión judicial. El otro sector es el de aquellos países que confieren, de manera exclusiva a la Corte Suprema, la decisión de las cuestiones de inconstitucionalidad de las disposiciones legislativas, entre las que 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.

174. *Séptima.* El modelo de control de la constitucionalidad de las leyes y de los actos de autoridad, 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: Tribunal o Corte Constitucional, y los efectos de la declaración de inconstitucionalidad son de carácter general o *erga omnes*. Si bien este modelo ha predominado en las Cartas Constitucionales europeas de carácter continental, se ha extendido también, en época reciente, a algunos ordenamientos latinoamericanos, pero con el carácter peculiar de que no suprimen, sino que, por el contrario, consideran compatibles la revisión judicial americana y los instrumentos de tutela específica de los derechos humanos, como el hábeas corpus y el amparo, que en algunos supuestos se atribuyen en su decisión final a los citados organismos especializados.

Entre los ejemplos de la influencia del sistema austriaco en Latinoamérica, podemos citar la Corte de Constitucionalidad de Guatemala, surgida en la Constitución de 1965, como un organismo que se integraba en cuanto se planteaban las impugnaciones de inconstitucionalidad, pero que se ha transformado en tribunal permanente en la Carta actual de 1985; 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, aun cuando de manera puramente formal al continuar el receso del órgano legislativo; así como los Tribunales de Garantías Constitucionales de las Cartas Fundamentales de Ecuador de 1978 y de Perú de 1979. Muy recientemente, la Suprema Corte de México, que además de sus funciones de control constitucional, se había transformado, debido al amparo contra sentencias judiciales, en un tribunal predominante de casación, se modificó sustancialmente por virtud de la reforma constitucional de agosto de 1987, que entró en vigor el 15 de enero de 1988, convirtiéndose en un verdadero Tribunal Constitucional, en cuanto que ahora sólo conoce de cuestiones de constitucionalidad, tanto de disposiciones legislativas como de actos de autoridad, pero conserva el sistema de los efectos particulares de la sentencia que declara la inconstitucionalidad de las leyes.

175. *Octava.* La doctrina contemporánea ha señalado la aproximación de los modelos americano y austriaco de control constitucional y, por tanto, de protección judicial de los derechos humanos; acercamiento que se advierte también en los ordenamientos latinoamericanos, a través de lo que podemos calificar como “sistema mixto”, puesto que toma del americano la competencia de un tribunal ordinario no especializado, es decir, la Corte Suprema para decidir las cuestiones de inconstitucionalidad en su grado más alto, pero adopta del sistema austriaco la declaración general de la inconstitucionalidad de las leyes. Podemos señalar varios matices en las legislaciones latinoamericanas, el principal de los cuales radica en la llamada “acción popular de inconstitucionalidad”, es decir, que cualquier persona puede acudir a la Corte Suprema para reclamar la inconstitucionalidad de las disposiciones legislativas, y la declaración respectiva asume efectos generales. En esta dirección podemos mencionar como los ejemplos más significativos a los ordenamientos de Colombia y Venezuela, que se han aplicado desde principios de este siglo y que se

extendieron posteriormente a las legislaciones de El Salvador y Panamá, y en cierta forma a Brasil. En otros ordenamientos latinoamericanos, si bien se requiere que la impugnación se presente por el afectado, la declaración de inconstitucionalidad también posee efectos generales, como en Costa Rica y en algunas provincias argentinas.

176. *Novena.* Un ordenamiento peculiar en Latinoamérica es el cubano posterior a la revolución de 1959, puesto que en su Constitución de 1976 toma como modelo al paradigma soviético. De acuerdo con dicho modelo se encomienda al órgano legislativo, 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 (Procuratura) la defensa de los derechos de los gobernados, como aspecto esencial de la legalidad socialista. Sin embargo, de acuerdo con la tradición española, se aparta de los lineamientos del sistema soviético y de otros países socialistas, en cuanto admite la tutela de los derechos fundamentales a través de los tribunales populares, por conducto del contencioso administrativo, de acuerdo con la Ley de Procedimiento Civil, Administrativo y Laboral, del 19 de agosto de 1977.

177. *Décima.* Un sector que ha tenido un desarrollo reciente es el calificado por el destacado tratadista italiano Mauro Cappelletti como jurisdicción constitucional transnacional, en cuanto al control judicial de la constitucionalidad de las disposiciones legislativas y de los actos concretos de autoridad, ha rebasado el ámbito interno y se ha proyectado 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 estadounidense, 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.

178. *Decimoprimera.* Un segundo periodo, más reciente, implica una restricción a la soberanía estatal para reconocer una mayor jerarquía a las normas de carácter transnacional en relación con los conflictos de respeto a las disposiciones constitucionales internas. Aun cuando esta situación ha tenido un desarrollo muy lento debido a la desconfianza tradicional de Latinoamérica hacia los organismos internacionales, por un recuerdo amargo de intervenciones extranjeras y laudos injustos,

se ha implantado, así sea de manera restringida, en dos sectores: en el campo de los derechos humanos y en el de la integración económica. En esta dirección podemos señalar los ordenamientos de Ecuador y Panamá que reconocen expresamente las normas y principios de derecho internacional (*ius cogens*); los de Honduras y El Salvador que otorgan a los tratados internacionales una jerarquía superior a la de las leyes ordinarias y, finalmente, los de Guatemala y de Perú, que consideran a los tratados internacionales de derechos humanos como superiores a las disposiciones internas, e inclusive, la Carta peruana otorga a dichos tratados el carácter de normas constitucionales.

179. *Decimosegunda.* La evolución hacia la preeminencia de los tratados sobre derechos humanos, en el ámbito de los ordenamientos constitucionales latinoamericanos, ha culminado con el reconocimiento de los organismos de justicia internacional, tales como la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en particular, por conducto de la ratificación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, suscrita en San José, Costa Rica, en noviembre de 1969, y que han tomado como modelo, aun cuando con aspectos peculiares, a la Comisión y a la Corte Europea de Derechos Humanos. En cuanto a la integración económica, que en Europa, a través del Tribunal de Luxemburgo, ha conducido a una tutela judicial indirecta, pero significativa, de los derechos humanos, no ha tenido sino éxito muy restringido en la esfera latinoamericana, pero al menos se ha iniciado en los países andinos, a través del Acuerdo de Cartagena, suscrito en esa ciudad el 26 de mayo de 1966, y del que actualmente forman parte Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú y Venezuela, los que han establecido, siguiendo el ejemplo del citado Tribunal de las Comunidades Europeas, el Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, que inició sus labores en la ciudad de Quito el 1 de enero de 1984, con competencia restringida de su paradigma europeo, pero que significa un incipiente sistema de resolución de conflictos sobre la aplicación de las disposiciones comunitarias, en relación con las de carácter interno.

180. *Decimotercera.* La Corte Interamericana de Derechos Humanos constituye la culminación del sistema americano de protección de los propios derechos, el cual se inspiró en los lineamientos fundamentales del modelo europeo, como se señaló anteriormente, en cuanto a los órganos encargados de la tutela judicial de los propios derechos fundamentales, ya que se encomienda dicha tutela a la Comisión y a la propia

Corte Interamericana, la primera como un órgano de instrucción de las reclamaciones individuales, que no pueden plantearse directamente ante la Corte. Sin embargo, el sistema americano, en virtud de la diversa situación económica, política, social y cultural del continente, y particularmente de Latinoamérica, estableció modalidades peculiares de gran importancia, que se derivaron de la experiencia de la protección de los derechos humanos en nuestra región, especialmente a través de la valiosa experiencia de la Comisión Interamericana que fue creada y funcionó activamente dos décadas anteriores al establecimiento de la Corte y, por ello, con antelación a la aprobación y entrada en vigor de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

181. *Decimocuarta.* La Corte Interamericana de Derechos Humanos fue establecida en el capítulo VIII (artículos 52-69) de la Convención Americana, suscrita en la ciudad de San José, Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969, que entró en vigor el 18 de julio de 1978. El Estatuto de la Corte Interamericana fue adoptado por la Asamblea General de la OEA en octubre de 1979, con vigencia a partir del 1 de enero de 1980. La propia Corte se instaló en la mencionada ciudad de San José, el 3 de septiembre de 1979, y aprobó su Reglamento en agosto de 1980. Se integra con siete jueces, nacionales de los Estados miembros de la OEA, elegidos a título personal, y no puede haber más de uno de la misma nacionalidad. Se adoptó en la Convención Americana el sistema de la Corte Internacional de Justicia, sobre la designación de jueces *ad hoc* por parte de los Estados partes, cuando no exista un miembro nacional o bien éste se hubiere excusado.

182. *Decimoquinta.* De acuerdo con lo establecido en los artículos 1 y 2 de su Estatuto, la Corte Interamericana (como institución, en realidad, órgano judicial autónomo) posee dos atribuciones esenciales, la primera de naturaleza consultiva, sobre la interpretación de las disposiciones de la Convención Americana, así como la de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados Americanos; la segunda, de carácter jurisdiccional, tiene por objeto resolver las controversias que se le planteen respecto a la interpretación o aplicación de la propia Convención Americana.

183. *Decimosexta.* La competencia consultiva asume una gran flexibilidad tanto por lo que se refiere a la legitimación activa, ya que puede ser solicitada no sólo por los Estados miembros de la OEA, la Comisión Interamericana y cualquier otro organismo de la propia Organización

de los Estados Americanos, dentro del ámbito de sus funciones, como respecto del contenido de las consultas, ya que éste se extiende no sólo a la interpretación de la Convención Americana o a la compatibilidad del derecho interno de los países respectivos con la propia Convención, así como respecto a otros tratados en los cuales se tutelan derechos humanos y tengan aplicación en el continente americano, lo que supera notoriamente la competencia consultiva de otros órganos judiciales internacionales, como la de la Corte Internacional de Justicia, de la Corte Europea de Derechos Humanos y aun la de la Corte de las Comunidades Europeas, que es mucho más restringida.

184. *Decimoséptima.* Hasta la fecha, la Corte Interamericana se ha pronunciado sobre nueve consultas que le han formulado tanto varios Estados miembros de la OEA como la Comisión Interamericana, y ha establecido la interpretación de preceptos importantes de la Convención Americana, de manera que puede hablarse, en sentido amplio, de una jurisprudencia de la propia Corte en aspectos esenciales, como los relativos a la pena de muerte; la libertad de expresión por medio de la prensa en relación con la colegiación obligatoria de los periodistas; sobre la exigibilidad del derecho de respuesta frente a informaciones agraviantes; el concepto estricto de la ley para los efectos de las limitaciones admitidas a los derechos consagrados por la Convención; así como en relación con la prohibición de suspender el hábeas corpus, el amparo y otros procedimientos similares, así como los principios básicos del debido proceso, durante las situaciones de emergencia. También debe destacarse la práctica de la Corte al admitir, además de las observaciones de los Estados interesados y de la Comisión Interamericana, la presentación de opiniones de personas particulares y de organismos no gubernamentales, en calidad de *Amicus Curiae*.

185. *Decimoctava.* La función jurisdiccional de la Corte es más limitada que la consultiva, pues de acuerdo con el modelo europeo, tiene carácter potestativo para los Estados partes, es decir, sólo puede ejercitarse cuando los propios Estados reconozcan, de manera expresa como obligatoria, la competencia de la Corte, ya sea en forma incondicional, bajo condición de reciprocidad, por un plazo determinado o para casos específicos. Además, las controversias planteadas ante la propia Corte únicamente pueden referirse a la interpretación y aplicación de las disposiciones de la

Convención Americana. Hasta la fecha, 10 Estados partes han reconocido, de manera expresa y general, la competencia de la Corte Interamericana, sometiéndose a su jurisdicción: Argentina (1984); Colombia (1985); Costa Rica (1980); Ecuador (1984); Guatemala (1987); Honduras (1981); Perú (1981); Surinam (1987); Uruguay (1985), y Venezuela (1981).

186. *Decimonovena.* El procedimiento contencioso se inspira esencialmente en el establecido para las controversias sometidas a la Corte Internacional de Justicia y a la Corte Europea de Derechos Humanos, en cuyos lineamientos procesales existe un paralelismo que, con algunos matices, han sido recogidos por la Convención Americana y por el Reglamento de la Corte Interamericana. Dicho procedimiento se desarrolla en tres etapas: la primera se inicia con la presentación de la demanda por la Comisión Interamericana o por uno o varios Estados partes, que se notifica al Estado o Comisión (en el supuesto de inconformidad por su decisión) demandados, los que pueden plantear en su contestación, la existencia de excepciones preliminares. La segunda etapa es escrita y en ella se presentan la memoria, la contramemoria y, en casos excepcionales, réplica y dúplica. La última es oral, a través de una o varias audiencias, en las cuales se realiza el interrogatorio que efectúan los representantes y delegados de las partes, así como los propios jueces de la Corte, de los testigos, peritos y otras personas que la Corte considera conveniente oír, la que además puede solicitar elementos de convicción complementarios.

187. *Vigésima.* El fallo de la Corte Interamericana es definitivo e inapelable. Los jueces están facultados para formular opiniones disidentes o particulares. En el supuesto de desacuerdo sobre el sentido y alcance de la resolución, a solicitud de cualquiera de las partes, presentada dentro de los 90 días contados a partir de la fecha de la notificación, la Corte Interamericana interpretará su decisión, pero sin que esa solicitud suspenda los efectos de la sentencia. Cuando la propia sentencia determina la responsabilidad del Estado demandado, no puede ejecutarse de manera forzada, como ocurre en el proceso interno, por lo que debe considerarse como obligatoria, pero no ejecutiva, en virtud de que, de acuerdo con la Convención, los Estados partes que hubiesen reconocido la competencia de la Corte se comprometan a cumplir con la decisión del tribunal. Si el fallo determina una compensación patrimonial para los afectados, ésta debe cubrirse a través del procedimiento interno del Estado responsable.

188. *Vigésimo primera.* La Corte Interamericana posee amplias facultades para decretar, en casos de extrema urgencia y para evitar perjuicios graves e irreparables a los afectados, medidas precautorias o cautelares, las que pueden dictarse dentro del procedimiento contencioso, ya sea de oficio o a petición de parte, o bien inclusive cuando se trate de asuntos que se encuentran todavía en tramitación ante la Comisión Interamericana, cuando dicha Comisión solicita estas providencias.

189. *Vigésimo segunda.* En la tramitación de los tres asuntos contenciosos contra el Estado de Honduras, que le fueron sometidos por la Comisión Interamericana en abril de 1986 (de los cuales dos han sido resueltos en cuanto al fondo) la Corte Interamericana ha desechado varias excepciones preliminares planteadas por el Estado demandado, y se ordenó acumular, en el fondo de esas tres controversias, la difícil cuestión del agotamiento de los recursos internos. También ha ejercitado la Corte, tanto de oficio como a petición de la Comisión Interamericana, sus atribuciones en materia de providencias precautorias o cautelares, al solicitar al Gobierno de Honduras las medidas necesarias para garantizar la seguridad de los testigos que han declarado en el procedimiento ante la Corte en los tres asuntos mencionados, y que habían sido amenazados, así como la investigación de los asesinatos de uno de los testigos y de otra persona que había sido llamada a declarar, medidas que fueron aceptadas por dicho Estado demandado.

190. *Vigésimo tercera.* La Corte Interamericana pronunció sus primeros fallos, en cuanto al fondo, el 29 de julio de 1988 y el 20 de enero de 1989, respectivamente. En efecto, en relación con los casos Velásquez Rodríguez y Godínez Cruz, la propia Corte, en sus extensas y cuidadosas sentencias, decidió desestimar, en ambos casos, la excepción preliminar de no agotamiento de los recursos internos opuesta por el gobierno demandado, y declaró que el Estado de Honduras violó, en perjuicio de Ángel Manfredo Velásquez Rodríguez y de Saúl Godínez Cruz, los deberes de respeto y de garantía de los derechos a la libertad y a la integridad personales, y de garantía en cuanto derecho a la vida; derechos consagrados por los artículos 7, 5 y 4 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 de la misma. Como consecuencia de lo anterior, la Corte resolvió, en ambos casos, que el Estado de Honduras está obligado a cubrir una justa indemnización compensatoria a los familiares de cada una de las víctimas, cuya forma y cuantía serían fijadas por la Corte. En cuanto al procedi-

miento de ejecución de los fallos, la Corte estableció una variante. En el caso *Velásquez Rodríguez*, se estableció un plazo de seis meses contado a partir de la fecha de la mencionada sentencia (29 de julio de 1988), a fin de que el Estado demandado y la Comisión Interamericana pudiesen llegar a un acuerdo sobre la indemnización y, en su defecto, la determinación de la misma la haría la Corte. En el segundo caso (*Godínez Cruz*), la forma y cuantía de la indemnización respectiva serían fijadas directamente por la Corte, pero en el auto de la propia Corte dictado en la misma fecha de la segunda sentencia (20 de enero de 1989), a continuación de su lectura pública, se estableció que esta fijación se efectuaría sin perjuicio de que las partes pudiesen llegar a un acuerdo. En ambos casos se dejó abierto el procedimiento para los efectos mencionados y se decidió que en el supuesto de llegarse a un acuerdo, éste sería homologado por la Corte.

ALGUNOS ASPECTOS DE LA INFLUENCIA DEL CONSTITUCIONALISMO DE ESTADOS UNIDOS EN LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS EN EL ORDENAMIENTO MEXICANO*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *El hábeas corpus de origen inglés y sus transformaciones en Estados Unidos de América*. III. *El hábeas corpus mexicano como un sector del juicio de amparo*. IV. *El juicio de amparo contra resoluciones judiciales en materia penal y el hábeas corpus federal estadounidense*. V. *La revisión judicial como fuente del juicio de amparo*. VI. *El otorgamiento de facultades discrecionales a la Suprema Corte y el certiorari*. VII. *La reforma constitucional de 1987 y la aproximación de la Suprema Corte de México y de la Suprema Corte Federal de los Estados Unidos de América como tribunales constitucionales*. VIII. *Bibliografía básica*.

I. INTRODUCCIÓN

1. Es muy conocida la influencia de la Constitución Federal de Estados Unidos, expedida en Filadelfia en 1787, la cual cumplió en 1987 su segundo centenario, sobre diversas instituciones de las cartas fundamentales de los países latinoamericanos desde sus primeros años de vida independiente, y que ha perdurado, con diversos matices y transformaciones, hasta nuestros días.

2. El presente trabajo tiene como objeto señalar aspectos de esta trascendencia en los ordenamientos constitucionales mexicanos, en cuanto a las instituciones procesales que tutelan los derechos humanos, particularmente

* Publicado en la obra coordinada por James Frank Smith, *Derecho constitucional comparado México-Estados Unidos*, México, UNAM, 1990, tomo I, pp. 133-150.

el juicio de amparo, que en virtud de su evolución ha concentrado varios instrumentos inspirados en el derecho estadounidense, tales como el hábeas corpus y la revisión judicial.

3. También es sabido que las mencionadas instituciones, al ser trasplantadas al ordenamiento mexicano, que se había formado en una tradición romano-canónica, debido a más de tres siglos de dominación española, se tradujeron en procedimientos con modalidades propias y un desarrollo peculiar, que se apartan del modelo estadounidense.

4. Aun cuando en el derecho mexicano no se regula específicamente el hábeas corpus, es decir, como institución independiente, como lo hacen las restantes Constituciones y ordenamientos latinoamericanos, ya sea con su denominación original, aceptada ya como un vocablo castellano, o bien con su equivalente de "exhibición personal", o "amparo de la libertad"; sin embargo, es indudable que forma parte, desde sus orígenes, del juicio de amparo, con similares propósitos y procedimiento que la institución tutelar de origen británico.

5. Por otra parte, debe destacarse que no resulta extraño, en nuestra tradición hispánica, utilizar el vocablo "amparo" como equivalente al hábeas corpus, si se toma en consideración que en el derecho histórico aragonés existió, desde el medievo, un instrumento similar al hábeas corpus, o sea el proceso foral aragonés de manifestación de las personas o de "amparo", que tenía el mismo objetivo de la institución inglesa del hábeas corpus, es decir, la tutela de la libertad personal contra detenciones indebidas por parte de autoridades administrativas, pero con una protección mucho más amplia que su similar de Inglaterra, pues en su evolución, además de ser más flexible en su procedencia, a partir del siglo XV incluyó la protección de la integridad personal, por conducto de la llamada "cárcel de los manifestados". Lo que ocurrió es que mientras en Inglaterra el hábeas corpus siguió desarrollándose hasta consagrarse en la clásica ley de 1679, en España terminó abruptamente, en 1591, cuando Felipe II, irritado por la protección, a través del amparo, que el justicia mayor de Aragón, Juan Lanuza III, había otorgado a su antiguo secretario Antonio Pérez, utilizó el ejército para reprimir esta rebeldía en Aragón y ajusticiar al justicia, suprimiendo la institución.

6. Tenemos ejemplos de la utilización del término "amparo" para designar al hábeas corpus, como ocurre todavía con las legislaciones de varias provincias argentinas, o de la Constitución de Venezuela de 1961, que emplean

la frase “amparo de la libertad”, para designar a la institución, y algo similar, con el nombre de “amparo”, se reguló en la Constitución chilena de 1925.

7. Por otra parte, también podemos destacar que si bien el hábeas corpus federal estadounidense se reguló en los primeros años de vigencia de la Carta federal de 1787 y se desarrolló por la jurisprudencia, a partir de sus dimensiones clásicas, como instrumento para proteger a la libertad de movimiento contra detenciones indebidas de autoridades administrativas, paulatinamente fue evolucionando, especialmente a través de la propia jurisprudencia, hasta transformarse en medio de impugnación contra resoluciones judiciales de carácter local, de manera predominante por violaciones procesales, con lo cual se ha aproximado al juicio de amparo contra resoluciones judiciales en materia penal.

8. Finalmente, también conviene destacar que la Suprema Corte de Justicia mexicana, que se había alejado en forma ostensible del más alto tribunal de los Estados Unidos, en virtud de que la primera fue adquiriendo las características de un tribunal nacional de casación, en los últimos años ha vuelto a acercarse al modelo estadounidense, en cuanto primero se le otorgaron facultades en las reformas constitucionales de 1968, 1983 y 1984, que de cierta manera podían equipararse, aun cuando de manera más restringida, al *certiorari* ante la Corte estadounidense, pero esa aproximación es más notoria en la reforma constitucional de agosto de 1987, en cuanto otorgó al máximo tribunal mexicano competencia para conocer exclusivamente cuestiones de constitucionalidad, con lo que se transforma en verdadero tribunal constitucional, situación a la que ha llegado también la Corte estadounidense, pero a través del mencionado *certiorari*, es decir, por conducto de sus facultades discrecionales.

II. EL HÁBEAS CORPUS DE ORIGEN INGLÉS Y SUS TRANSFORMACIONES EN ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA

9. El origen de esta institución es incierto, aun cuando su genealogía pudiera remontarse hasta el famoso interdicto *homo libero exhibendo*, pero lo que sí resulta indudable es su paulatino perfeccionamiento en el derecho consuetudinario de la Inglaterra medieval.

10. El citado instrumento procesal se formó muy lentamente a través de algunas ventajas introducidas en el derecho medieval inglés, predominantemente de carácter consuetudinario y judicial, en beneficio de los detenidos. Pero esta institución desarrollada 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 evolucionó de manera paulatina ese noble instrumento libertario. El documento que consolida definitivamente esta institución, después de los antecedentes de la ley de 1640 y la supresión de la Cámara de la Estrella (*Star Chamber*) en 1641, fue la famosa Habeas Corpus Act de 1679, que ha tenido una influencia excepcional en muchos países del mundo, y que estableció las bases esenciales de este instrumento procesal, el cual, según este ordenamiento, procedía inclusive contra las órdenes de detención emanadas de la Corona, pero establecía varias excepciones como alta traición, los delitos graves (*felony*) y la prisión por deudas, pero en los citados delitos, se obligaba a la Corona a consignar penalmente a los detenidos, con objeto de que fueran juzgados por los tribunales.

11. El hábeas corpus se trasladó a las colonias en América como una institución de *common law*, y se practicó durante la dominación inglesa por los tribunales coloniales, habiéndose incorporado durante la guerra de independencia en las cartas fundamentales de Massachusetts de 1780 y de New Hampshire de 1784, y especialmente en la primera, que influyó decisivamente en la consagración de esta institución tutelar, así fuera sólo para determinar la posibilidad de suspensión en situaciones de emergencia, en el artículo I, sección 8, inciso 3, de la Constitución Federal de 1787.

12. En el país del norte, el tradicional hábeas corpus, heredado de Inglaterra como un instrumento contra las detenciones arbitrarias ordenadas generalmente por autoridades administrativas, se ha conservado en las Constituciones y en las leyes de las entidades federativas, pero ha evolucionado hasta convertirse en un medio de impugnación, es decir, un recurso en sentido estricto, en la esfera federal, y es en este sentido que, como veremos más adelante (véase *infra* párrafos 28 a 31), este instrumento de la justicia federal estadounidense posee varios aspectos similares al juicio de amparo mexicano contra resoluciones judiciales en materia penal.

III. EL HÁBEAS CORPUS MEXICANO COMO UN SECTOR DEL JUICIO DE AMPARO

13. No obstante la trascendencia del constitucionalismo estadounidense en las primeras constituciones mexicanas y, particularmente, en la Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos, del 4 de octubre de 1824, no se introdujo el hábeas corpus en dichas leyes fundamentales, tal vez porque nuestros publicistas no estaban familiarizados con esta institución, no obstante que la misma fue consagrada, ya sea por influencia estadounidense o directamente del derecho inglés, en la mayoría de las cartas latinoamericanas, si bien de manera paulatina a lo largo del siglo XIX, para llegar a la situación actual, en la cual, prácticamente todos los ordenamientos de Latinoamérica lo regulan, ya se con su denominación original o como “exhibición personal” o “amparo de la libertad”, como un instrumento específico para la tutela de la libertad personal frente a detenciones arbitrarias, predominantemente las realizadas por autoridades administrativas: el Ministerio Público o la policía, y excepcionalmente en relación con algunas resoluciones judiciales. Incluye en aquellos países de nuestra región que han consagrado el derecho de amparo, lo distinguen del hábeas corpus, ya que el primero se utiliza para tutelar los restantes derechos humanos consagrados constitucionalmente.

14. En las Constituciones o en la legislación mexicanas no se hizo referencia al hábeas corpus, pero cuando se creó el amparo, en sus diversas etapas que señalaremos más adelante (véase *infra* párrafo 38), se le dio una amplitud tutelar respecto de las leyes o cualquier acto de autoridad que infringiesen las llamadas “garantías individuales”, entre las cuales se encontraba, por supuesto, el derecho a la libertad personal, por lo que se consideró que la protección de esta última quedaba comprendida por el derecho de amparo.

15. En las primeras leyes de amparo, que se expidieron con posterioridad a la vigencia de la Constitución Federal de 5 de febrero de 1857, que consagró definitivamente la institución, no se creó un procedimiento especial para la tutela de la libertad personal, como un proceso diverso respecto de la protección de las restantes garantías individuales, pero en cuanto se fueron incorporando al amparo otras instituciones procesales, especialmente la impugnación de resoluciones judiciales por violación de disposiciones legales secundarias, es decir, el juicio de amparo como recurso de casación, la tramitación se complicó y se hizo tan lenta que resultaba inoperante la protección de la libertad de movimiento, que requiere de un procedimiento

rápido y eficaz.

16. Por ello, la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia estableció algunos lineamientos peculiares tratándose de la pena de muerte, de actos prohibidos por el artículo 22 de la Carta Federal de 1857 (que es muy similar al del mismo número de la Constitución vigente, y que se refería al tormento, las penas crueles trascendentales, a la confiscación de bienes, o cuando se afectaba la integridad personal), reglas especiales que se incorporaron de manera paulatina a los ordenamientos de amparo, como ocurrió con los preceptos relativos de los códigos federales de procedimientos civiles de 1897 y 1908. Entre estos aspectos peculiares, podemos mencionar la posibilidad de que los menores solicitaren amparo sin necesidad de representarse, que el juez estaba obligado a lograr la comparecencia del afectado en su libertad personal, y si éste había sido secuestrado, lo que desafortunadamente era frecuente, el mismo juez federal debería iniciar un proceso penal contra las autoridades responsables.

17. También de manera paulatina se introdujeron lineamientos peculiares para la tramitación de los juicios de amparo cuando se afectaba la libertad o la integridad personales, incluyendo el peligro de perder la vida o la pena de muerte, como aquellos relativos a la obligación de los jueces federales de distrito de recibir la demanda a cualquier hora del día o de la noche y tramitar la llamada suspensión de los actos reclamados en cualquier momento.

18. El procedimiento específico para los juicios de amparo promovidos por afectaciones a la libertad personal fuera de procedimiento judicial se perfila en la primera Ley de Amparo expedida durante los primeros años de vigencia de la Constitución actual, es decir, la promulgada el 20 de octubre de 1919, que recogió toda la evolución anterior y se ha desarrollado con mayor precisión, al menos teóricamente, en la Ley de Amparo vigente, del 30 de diciembre de 1935, con numerosas reformas posteriores, de tal manera que este sector de nuestro derecho de amparo ha sido calificado por la doctrina como “amparo de la libertad” o “amparo-hábeas corpus”.

19. Muy brevemente podemos describir los lineamientos de ese procedimiento especial, que corresponde, en sus aspectos esenciales, al establecido en otros ordenamientos latinoamericanos para la tramitación específica del hábeas corpus o exhibición personal. De acuerdo con lo dispuesto por el artículo 17 de la citada Ley de Amparo vigente, los actos que importan el peligro de privación de la vida, *ataques a la libertad personal fuera de procedi-*

miento judicial, deportación o destierro, o alguno de los actos prohibidos por el artículo 22 de la Carta Federal (tormento, penas inusitadas y trascendentales, confiscación de bienes, restricción de la pena de muerte, que actualmente se encuentra restringida en nuestros códigos penales), el juicio de amparo respectivo puede ser interpuesto por cualquier persona en nombre del afectado que se considere imposibilitado para hacerlo, aun cuando el promovente sea menor de edad; el juez está provisto de amplias facultades de investigación y dirección del proceso, incluyendo la de dictar las medidas necesarias para lograr la comparecencia, es decir, de la presentación del afectado.

20. Además, el juez federal de amparo está obligado a resolver sobre la medida cautelar denominada “suspensión del acto reclamado”, la que debe otorgarse de oficio (con exclusión de la privación de la libertad, que debe solicitarse expresamente) (artículos 18 y 123, fracción I, de la Ley de Amparo).

21. El ejercicio de la acción procesal no está sujeto a plazo preciso, sino que puede hacerse valer en cualquier tiempo (tomando en cuenta que el plazo genérico es de 15 días hábiles) (artículo 22, fracción II), e inclusive a cualquiera hora del día o de la noche, horas que también son hábiles para la tramitación de las medidas cautelares (artículo 23, segundo párrafo, de la citada Ley de Amparo).

22. La demanda puede formularse por comparecencia, es decir, oralmente, en los casos urgentes (artículo 117) o inclusive por telégrafo cuando no pueda presentarse ante los jueces locales, pero ratificada por escrito dentro de los tres días siguientes (artículos 113 y 119), y para hacer más fácil su interpretación, es posible hacerlo no sólo ante un juez federal de distrito, quien generalmente reside en la capital o en poblaciones importantes de la entidad federativa correspondiente, sino también ante el juez de primera instancia, o en su defecto, ante cualquier funcionario judicial, del lugar en el cual pretende ejecutarse el acto que se reclama. Los citados jueces locales están facultados para detener provisionalmente la ejecución del acto lesivo a la libertad o a la integridad física del afectado, remitiendo el expediente al juez federal competente, quien debe continuar el procedimiento (artículos 38, 39 y 40).

23. La decisión de fondo del juez federal de distrito puede impugnarse ante el Tribunal Colegiado de Circuito correspondiente, a través del llamado “recurso de revisión” (en realidad de apelación), tribunal que pronuncia la sentencia firme.

24. La sintética descripción anterior nos lleva al convencimiento de que dentro del derecho de amparo mexicano se encuentra regulado el hábeas corpus, en forma muy similar a la manera como se reglamenta en los restantes ordenamientos latinoamericanos y en las legislaciones locales de los Estados Unidos de América.

25. No obstante esa similitud formal con el hábeas corpus local estadounidense, en nuestro país la práctica es diferente, en virtud de que, en la realidad mexicana, la tutela de la libertad personal contra detenciones administrativas carece, en la mayoría de los casos, de la celeridad necesaria, inclusive tratándose de medidas precautorias, para que pueda tener efectividad y lograr la libertad de los afectados por detenciones indebidas.

26. Si bien la Ley de Amparo, como lo hemos señalado, establece un procedimiento muy breve, la mayoría de los jueces federales de distrito que conocen de este tipo de demandas de amparo (ya que los jueces locales sólo pueden detener provisionalmente la ejecución de los actos), están imposibilitados para resolver sobre la legalidad de la detención de manera rápida, debido a que se encuentran agobiados por numerosos juicios de amparo sobre otras materias, y además deben conocer sobre los procesos ordinarios federales que, en materia penal, también son abundantes. Esta situación ha determinado que en un porcentaje elevado de casos, la decisión del juez, aun tratándose de medidas precautorias, resulta extemporánea, pues cuando se resuelve sobre la protección solicitada los detenidos ya han sido puestos en libertad o han sido consignados al juez correspondiente.

27. Por otra parte, no existe en nuestra legislación una disposición similar a la del ordenamiento brasileño, sobre la obligación de los jueces respectivos para otorgar a las peticiones de hábeas corpus una preferencia absoluta sobre los demás asuntos que debe conocer el mismo juzgador, de manera que el juez federal mexicano sigue el mismo turno para todos los juicios de amparo, no obstante su diversa naturaleza procesal.

IV. EL JUICIO DE AMPARO CONTRA RESOLUCIONES JUDICIALES EN MATERIA PENAL Y EL HÁBEAS CORPUS FEDERAL ESTADOUNIDENSE

28. Señalamos con anterioridad (véase *supra* párrafo 12), que el hábeas corpus estadounidense federal, que en un principio tuvo la función tradicional de tutelar a los afectados por detenciones indebidas de carácter predominan-

temente administrativo, y excepcionalmente, respecto de resoluciones judiciales, fue evolucionando a través de la jurisprudencia de la Suprema Corte Federal, hasta convertirse en un verdadero recurso contra las resoluciones de los tribunales locales en materia penal, en particular por lo que respecta a violaciones de carácter procesal.

29. En virtud de este desarrollo, el hábeas corpus federal se ha transformado en una especie de *amparo en materia penal*, como afirmó agudamente el distinguido tratadista estadounidense J. A. C. Grant, ya que puede utilizarse para combatir las resoluciones de los tribunales locales en los supuestos de defectos en la admisión de las pruebas, de la falta de imparcialidad en el procedimiento; o de las confesiones arrancadas por medio de la violencia, entre otras violaciones de carácter procesal.

30. Para no dar sino algunos de los ejemplos de la abundante jurisprudencia de la Suprema Corte Federal de los Estados Unidos, especialmente en la época de activismo judicial del presidente Earl Warren (1953-1968), podemos destacar las resoluciones de la propia Corte Suprema, que se consideran clásicas, es decir, las relativas a los casos *Escobedo versus Illinois* (1964) y *Miranda versus Arizona* (1965), en las cuales se estableció con claridad el derecho de todo detenido, con apoyo en la enmienda V, de la Carta Fundamental, para no ser obligado a declarar contra sí mismo, a que se le hagan saber sus derechos constitucionales y a contar con la asistencia de un abogado, inclusive en el periodo de la investigación preliminar ante las autoridades policíacas.

31. El criterio liberal y el "activismo" de la Corte Suprema Federal durante los 15 años en que estuvo presidida por Earl Warren, provocó un verdadero alud de peticiones de hábeas corpus ante los tribunales federales, ya que, según las estadísticas, estas instancias se elevaron de mil en 1961 hasta 11 mil en 1969, en que se inicia un nuevo periodo de la propia Corte, presidida entonces por Warren Burger. A partir de esta última etapa, el más alto tribunal de los Estados Unidos adoptó una actitud de mayor cautela para admitir y resolver las solicitudes de hábeas corpus en el ámbito federal, debido a dos factores: en primer término, por el número excesivo de estas impugnaciones presentadas ante los jueces federales, y en segundo lugar, en virtud del debate sobre los inconvenientes de una centralización cada vez más amplia de la justicia penal, en perjuicio de la autonomía de los tribunales de las entidades federativas.

32. En el ordenamiento mexicano, la centralización, entre nosotros absoluta, de las resoluciones dictadas por los jueces y tribunales locales, en la justicia federal, se produjo desde el siglo anterior, en cuanto se admitió la procedencia del juicio de amparo contra todas las resoluciones judiciales, aun cuando en las mismas no se planteara una cuestión de inconstitucionalidad (véase *infra* párrafos 40 a 42).

33. En la actualidad, las decisiones que en materia penal pronuncian todos los jueces y tribunales del país, tanto en el ámbito de los Estados y del Distrito Federal como en la esfera nacional, se impugnan ante los jueces federales por conducto del juicio de amparo. Si se trata de resoluciones relativas a las órdenes de aprehensión o bien de sujeción a proceso, las mismas pueden combatirse en dos instancias: primero ante los jueces federales de distrito, y en segundo grado ante los tribunales colegiados de circuito. Si se trata de la sentencia de fondo pronunciada en apelación por los tribunales superiores de las entidades federativas, se reclama ante los propios tribunales colegiados de circuito, en amparo de una sola instancia, ya sea por violaciones procesales importantes o bien por infracciones en aplicación de la ley penal. Sólo cuando se trate de estas sentencias definitivas, puede plantearse, en segundo, grado ante la Suprema Corte de Justicia, si los mencionados tribunales colegiados resuelven sobre la inconstitucionalidad de una ley o interpretan directamente un precepto constitucional.

34. El aspecto que guarda alguna similitud con el hábeas corpus estadounidense se refiere a la interposición del juicio de amparo contra las sentencias dictadas por los tribunales locales cuando se alegan violaciones de carácter procesal, las que se encuentran enumeradas en el artículo 160 de la Ley de Amparo, lo que ha determinado que la jurisprudencia primero de la Suprema Corte, cuando conocía de estos asuntos, y ahora de los tribunales colegiados de circuito, interprete de manera definitiva las disposiciones procesales de los respectivos códigos de procedimientos penales, estos últimos establecidos en el artículo 20 de la Constitución Federal.

35. No obstante estas semejanzas formales entre el hábeas corpus federal de los Estados Unidos y el amparo en materia penal por violaciones procesales en el derecho mexicano, en la realidad, existen varias diferencias. En primer término, porque no obstante la posibilidad de acudir a los tribunales federales estadounidenses para combatir las decisiones de los jueces locales, ésta no se admite en todos los supuestos, sino sólo en aquellos que se consideran trascendentes, mientras que en el derecho mexicano el amparo

sí se admite en todos los casos, y en segundo lugar, en virtud de que la jurisprudencia de los tribunales federales mexicanos, incluyendo la de la Suprema Corte cuando conocía de esta materia, no ha sido tan innovadora en la protección de los derechos de los procesados, como en los Estados Unidos.

V. LA REVISIÓN JUDICIAL COMO FUENTE DEL JUICIO DE AMPARO

36. Hasta este momento hemos descrito muy brevemente algunos ejemplos de la trascendencia del modelo estadounidense en las instituciones mexicanas de carácter procesal, que protegen la libertad personal, ya sea contra detenciones arbitrarias por parte de las autoridades administrativas (hábeas corpus tradicional), o los derechos del procesado en los juicios de carácter penal (hábeas corpus federal estadounidense).

37. En relación con los restantes derechos humanos consagrados por nuestra Constitución Federal (y ahora debemos agregar aquellos otros derechos de la persona humana establecidos por los convenios internacionales, aprobados por el Senado Federal en 1981 y, por lo tanto, incorporados a nuestro ordenamiento federal interno, de acuerdo con el artículo 133 constitucional), la protección se efectúa también a través del juicio de amparo, que tutela todo el ordenamiento jurídico nacional, incluyendo la impugnación de las disposiciones legislativas y reglamentarias de carácter inconstitucional, que infrinjan esos derechos.

38. Es bien sabido, y no resulta necesario insistir en ello, sino simplemente recordarlo, que el juicio de amparo se estableció en nuestro país, primero en la Constitución yucateca de 1841, después en el Acta de Reformas (a la Constitución Federal de 1824), expedida en 1847, y finalmente, en los artículos 101 y 102 de la Carta Federal del 5 de febrero de 1857, tomó como ejemplo la revisión judicial de los Estados Unidos, divulgada en la traducción castellana de Sánchez de Bustamante, al clásico libro de Alexis de Tocqueville, *La democracia en América*, como lo afirmaron los creadores de la institución mexicana: Manuel Crescencio Rejón, Mariano Otero y los constituyentes de 1856-1857, quienes inclusive transcriben varios párrafos de dicha obra, para fundamentar sus proposiciones.

39. La revisión judicial estadounidense constituye un principio, es decir, que todos los jueces, de cualquier categoría, pueden decidir incidentalmente sobre la constitucionalidad de las disposiciones legales aplicables en los

procesos concretos de que conocen y, por lo tanto, no se concreta en un procedimiento específico, pero al trasplantarse en el ordenamiento mexicano, en el cual predomina la tradición jurídica romano-canónica a través del derecho español, se tradujo en la creación de un procedimiento sencillo y breve para la tutela de las llamadas "garantías individuales", contra todo acto o disposición legal de cualquier autoridad que afectara los citados derechos humanos.

40. Tal como surgió el juicio de amparo en los lineamientos establecidos por los citados artículos 101 y 102 de la Constitución de 1857, tenía por objeto, de manera exclusiva, la protección de los derechos individuales consagrados en dicha Carta Fundamental, en relación con los actos concretos de autoridad, o bien respecto de las leyes, en sentido formal o material, que violasen dichos derechos fundamentales, es decir, sólo podía promoverse la reclamación en relación con cuestiones estrictamente constitucionales, pero en virtud de la evolución, también conocida, se sostuvo, a través de una interpretación muy discutible del artículo 14 de la misma Constitución de 1857, que cada vez que un juez aplicara "inexactamente" (es decir, de manera incorrecta), una disposición legal a un caso concreto, aun cuando dicha aplicación no tuviese relación directa con un precepto constitucional, se infringía el citado artículo 14, situado en el capítulo de "Las garantías individuales".

41. La Suprema Corte de Justicia aceptó dicha interpretación en virtud de una serie de factores sociales, políticos y culturales, que no es necesario analizar aquí, en su clásica resolución de abril de 1869, en el caso Miguel Vega, en la cual declaró implícitamente inconstitucional el artículo 8o. de la Ley de Amparo del 20 de enero de 1869, en el que se prohibía expresamente la procedencia del amparo contra resoluciones judiciales, lo que provocó un enfrentamiento con el Congreso Federal, el que pretendió enjuiciar, sin éxito, a los magistrados de la Suprema Corte que habían votado favorablemente esa resolución.

42. A partir de entonces, y no sin una discusión apasionada que se prolongó durante todo el siglo XIX y la primera década del presente, la Suprema Corte conoció en segundo grado (el primero correspondía a los jueces federales de distrito), a través de la revisión forzosa, de la legalidad, y en muy pocos supuestos, de la constitucionalidad, de todas las resoluciones judiciales pronunciadas por los jueces y tribunales del país, tanto en las entidades federativas como federales, transformándose así en un tribunal nacional de casación, como lo sostuvo el notable jurista mexicano Emilio Rabasa.

43. Por otra parte, el más alto tribunal del país conocía también, de manera indiscriminada a través del mismo juicio de amparo, de la impugnación de los actos concretos de autoridad y de la aplicación de las disposiciones legislativas que infringían las “garantías individuales”, pero sin establecer la diferencia entre los actos de autoridad que incurrieran en vicios de ilegalidad o aquellos en los cuales se planteaba una verdadera cuestión de constitucionalidad.

44. En el Congreso Constituyente de Querétaro se debatió también apasionadamente sobre la alternativa de conservar esta protección de todo el ordenamiento jurídico nacional a través del amparo, como se proponía en el Proyecto presentado por don Venustiano Carranza, encargado del Poder Ejecutivo federal, o bien como lo sostuvieron los diputados Medina y Murguía, se restringiera la procedencia del amparo a sus límites originales, a fin de tutelar exclusivamente los derechos fundamentales y la impugnación de las leyes inconstitucionales, preservando la autonomía jurisprudencial de los tribunales de las entidades federativas.

45. Triunfó la solución del Proyecto, en cuya exposición de motivos se afirmó que no se tenía confianza en la independencia de los tribunales locales, de manera que debía conservarse la centralización que implicaba la impugnación de las resoluciones judiciales a través del amparo, utilizado preferentemente como una casación federal.

46. Si analizamos la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia, tanto durante la vigencia de la Carta Federal de 1857 como de la actualmente en vigor, podemos observar que se encuentran mezclados los problemas de legalidad con las cuestiones estrictamente constitucionales, con el predominio ostensible de los primeros sobre las segundas.

47. Esta situación ha determinado dos diferencias esenciales de la revisión judicial estadounidense con el amparo mexicano, en virtud de que, en primer término, en tanto que en el modelo estadounidense existe realmente una doble jurisdicción, una de carácter local y otra federal, cada una con su competencia propia, ya que sólo en los supuestos en que se plantee una contradicción entre las disposiciones legales de las entidades federativas con la Constitución Federal, en los términos del artículo VI, de dicha Carta Fundamental, se puede impugnar una resolución judicial local ante los tribunales federales. En nuestro país, de hecho, ya no existe esa doble jurisdicción, no obstante que se consagra en las disposiciones de la Carta Federal, sino que esta jurisdicción se ha unificado en virtud de que los tribunales locales

se encuentran subordinados a los federales, a través del juicio de amparo, ya que, en todos los casos, las resoluciones judiciales de los primeros se impugnan ante los segundos.

48. En segundo lugar, la falta de delimitación entre las cuestiones de legalidad y las de constitucionalidad, en estricto sentido, ha producido la consecuencia de que se debilite la protección de los derechos humanos consagrados en la Constitución (ahora también de carácter social), así como la tutela de los establecidos en los convenios internacionales, que forman parte de nuestra Ley Suprema, en los términos del artículo 133 (casi idéntico al citado artículo VI, de la Constitución de los Estados Unidos).

49. En efecto, al mezclarse de manera indiscriminada la impugnación de resoluciones judiciales o de actos de autoridad, cuando se discute la aplicación de disposiciones legislativas ordinarias, con los problemas estrictamente constitucionales de la violación de los derechos humanos por actos concretos o leyes inconstitucionales, el juicio de amparo funciona como un medio de impugnación lento y formalista, no obstante que, para ser efectivo, en cuanto a la tutela de los propios derechos humanos, debe tramitarse en un procedimiento sencillo y breve, tal como se regula en los artículos: XVIII, de la Declaración Americana; 8o. de la Declaración Universal; 2o. del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y 25 de la Convención Americana, todos ellos de Derechos Humanos, y que se inspiraron en el modelo original del amparo mexicano, divulgado por los delegados mexicanos a las conferencias internacionales que crearon dichos instrumentos.

50. Sin embargo, esta confusión entre la tutela de la legalidad y la de los derechos humanos contra actos o leyes inconstitucionales ha evolucionado recientemente, al aproximarse la Corte mexicana a la estadounidense, a través de las reformas recientes al ordenamiento nacional, que introdujeron facultades discrecionales en beneficio de la misma Suprema Corte, en cierta manera similares al *certiorari* del derecho federal estadounidense, evolución que culminó con el otorgamiento al más alto tribunal de la República de la competencia exclusiva para conocer cuestiones de inconstitucionalidad, con lo cual se transformó en un tribunal constitucional, situación a la que ha llegado también la Suprema Corte Federal de los Estados Unidos, pero por conducto del propio *certiorari*.

VI. EL OTORGAMIENTO DE FACULTADES DISCRECIONALES A LA SUPREMA CORTE Y EL *CERTIORARI*

51. En la reforma constitucional y legal que entró en vigor en octubre de 1968, entre otras innovaciones importantes, se inició la tendencia a dotar de facultades discrecionales al más alto tribunal de la República, así fuera en esa primera etapa, limitada a los juicios de amparo en materia administrativa encomendados a la Segunda Sala.

52. En efecto, en las leyes de Amparo y Orgánica del Poder Judicial Federal, se encomendó a dicha Sala la atribución de solicitar de los tribunales colegiados de circuito, aquellos juicios de amparo cuyo conocimiento no correspondía a la Suprema Corte, en virtud de que su cuantía no llegaba al límite establecido para determinar su competencia, si la Sala consideraba que debía resolver dichos asuntos en virtud de su importancia trascendente para el interés de la nación.

53. Este desarrollo de la autonomía funcional ha continuado en los últimos años, y al respecto podemos mencionar las reformas a la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, de diciembre de 1983 y 1984, que introdujeron facultades discrecionales en las otras Salas de la Suprema Corte de Justicia (puesto que a la Segunda Sala se le habían otorgado, aun cuando más restringidas, en las modificaciones de 1968, según se expresó en el párrafo anterior), así como al Pleno del más alto tribunal, a fin de que dichas Salas pudiesen enviar a los tribunales colegiados (o por el contrario, pedir que les remitieran los negocios respectivos) los juicios de amparo de su respectiva competencia, para que dichas Salas consideraran si carecían de importancia o trascendencia sociales, o a la inversa, atraerlos cuando se presentara la hipótesis contraria, ya sea de oficio o a petición del Procurador General de la República. A su vez, el Pleno podía encomendar a las Salas los asuntos que en principio le correspondían, por razones similares.

54. En esta materia se observó una evolución semejante, pero menos extensa, que la que se advierte en la Suprema Corte Federal de los Estados Unidos, con la introducción del *certiorari* en 1925. Así lo señaló un sector importante de la doctrina mexicana, el que propuso que se ampliaran todavía más dichas atribuciones discrecionales de la Suprema Corte de nuestro país, hasta aproximarse a la gran amplitud de la institución estadounidense.

VII. LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 1987 Y LA APROXIMACIÓN DE LA SUPREMA CORTE DE MÉXICO Y DE LA SUPREMA CORTE FEDERAL DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA COMO TRIBUNALES CONSTITUCIONALES

55. La evolución hacia el reforzamiento de las facultades del Poder Judicial ha culminado con las reformas constitucionales publicadas el 10 de agosto de 1987, las que fueron reglamentadas por las modificaciones a las leyes de Amparo y Orgánica del Poder Judicial de la Federación, publicadas estas últimas el 5 de enero de 1988, y que conjuntamente entraron en vigor el 15 del mes citado.

56. De acuerdo con estas modificaciones, se concentran en la Suprema Corte mexicana exclusivamente las cuestiones de constitucionalidad, remitiendo todos los demás asuntos, en especial los juicios de amparo en los cuales se discutan cuestiones de legalidad, y predominantemente, de casación, a los tribunales colegiados de circuito. Estos últimos conservan algunas atribuciones que deciden juicios de amparo en los cuales se controvierte la constitucionalidad de los reglamentos autónomos y municipales, así como respecto a los actos concretos de autoridad, en virtud de que, como se sostiene en la exposición de motivos correspondiente, dichos juicios de amparo requieren de una mayor celeridad en su decisión y, además, los tribunales colegiados se encuentran más próximos a los justiciables que la Suprema Corte.

57. Los asuntos en los cuales se plantean cuestiones de constitucionalidad, aun cuando no correspondan a la competencia del más alto tribunal de la República, de acuerdo con las reglas de competencia actualmente en vigor, pueden llegar ante la propia Corte, por dos vías: a) La primera por conducto de revisión (apelación), que puede interponerse contra las sentencias de los tribunales colegiados de circuito (las que en los demás supuestos son inatacables), ante la propia Suprema Corte, en la hipótesis de que dichos tribunales decidan sobre la inconstitucionalidad de una ley o interpreten directamente un precepto de la Carta Federal, siempre que se trate de juicios de amparo de una sola instancia, o sea, contra resoluciones judiciales (artículo 107 constitucional, fracción IX).

58. b) El segundo medio para hacer llegar a la Corte los asuntos en los cuales se discutan cuestiones constitucionales de importancia trascendente para los intereses nacionales, se apoya en la *facultad discrecional de*

atracción que se confiere al máximo tribunal del país, en las fracciones V (amparo de una sola instancia), y VII (amparo de doble instancia), del artículo 107 constitucional, a fin de que, de oficio, o a petición fundada del correspondiente tribunal colegiado de circuito o del Procurador General de la República, pueda conocer los amparos (de un solo grado o en revisión), que por sus *características especiales* así lo ameriten.

59. Con las modificaciones esenciales anteriores, la Suprema Corte mexicana asume las funciones de un tribunal constitucional, en cuanto le corresponde, como órgano supremo del Poder Judicial Federal, decidir de manera firme sobre la constitucionalidad de las disposiciones legislativas y reglamentarias, así como respecto de la interpretación directa de los preceptos fundamentales, con lo cual se supera el carácter de tribunal de casación que paulatinamente había asumido.

60. De esta manera, aun por distinto camino, la Suprema Corte de Justicia de México se aproxima, en cuanto a su competencia, a la Corte Suprema Federal de los Estados Unidos, ya que esta última, a través de las facultades discrecionales que le fueron concedidas por virtud del *certiorari* (véase *supra* párrafo 54), se ha especializado en la resolución de controversias predominantemente constitucionales, por lo que también ha asumido, de hecho, las reflexiones que se hacen en este breve estudio.

61. Por lo que respecta a la protección jurisdiccional de los derechos humanos a través del juicio de amparo, las reformas de 1987 deben producir una repercusión favorable, ya que establecen la posibilidad de distinguir con claridad los problemas de legalidad, de las cuestiones de constitucionalidad en estricto sentido. Al respecto, de acuerdo con su nueva competencia, la Suprema Corte está facultada para conocer en segundo grado de la impugnación de la inconstitucionalidad de las disposiciones legislativas y reglamentarias, tanto federales como de las Entidades Federativas (la primera instancia se confiere a los jueces de distrito), cuando se alegue que en ellas se infringen los derechos fundamentales, y como la propia Corte no está obligada a resolver los juicios de amparo en los cuales se discuta la aplicación de normas legislativas ordinarias que anteriormente la agobiaban, podrá examinar con mayor cuidado y meditación las cuestiones constitucionales relacionadas con los derechos humanos, como ha ocurrido en la Corte Suprema Federal de los Estados Unidos, la que resuelve, a través de su competencia discrecional, un número reducido de controversias, en su mayor parte sobre interpretación de normas constitucionales, y de manera

predominante, respecto a la tutela de los derechos humanos.

62. Por otra parte, si bien la Suprema Corte de Justicia de México no tiene encomendado directamente el conocimiento de los juicios de amparo que se interpongan contra actos concretos de autoridad que afecten los derechos humanos consagrados en la Constitución Federal y en los convenios internacionales incorporados a nuestro ordenamiento interno, ya que la resolución de las citadas controversias corresponde en segunda instancia a los tribunales colegiados de circuito, en los casos de mayor importancia, la propia Suprema Corte puede utilizar sus facultades de atracción, para ordenar la remisión de dichos asuntos y pronunciarse sobre los mismos (véase *supra* párrafo 58).

63. En virtud de lo anterior, tenemos la fundada esperanza de que la Suprema Corte de Justicia de nuestro país podrá efectuar una intervención de mayor trascendencia que la que ha tenido hasta ahora, en virtud de los obstáculos anteriores que hemos señalado (véase *supra* párrafos 47 a 49), en la protección de los derechos humanos, ya que en la actualidad existen las condiciones procesales necesarias a fin de que, como ha ocurrido con la Suprema Corte Federal de los Estados Unidos, pueda conocer y resolver las cuestiones constitucionales de mayor significado relacionadas con la protección de los derechos humanos.

VIII. BIBLIOGRAFÍA BÁSICA

64. La bibliografía que puede consultarse es muy amplia, por lo que nos limitamos a señalar los trabajos que consideramos esenciales para ampliar las reflexiones que se hacen en este breve estudio.

BURGOA ORIHUELA, Ignacio, *El juicio de amparo*, 24a. ed., México, Porrúa, 1988.

CARRILLO FLORES, Antonio, *La Constitución, la Suprema Corte y los derechos humanos*, México, Porrúa, 1981.

—, “La Suprema Corte de Justicia mexicana y la Suprema Corte norteamericana. Orígenes semejantes, caminos diferentes”, *Estudios de derecho administrativo y constitucional*, México, UNAM, 1987, pp. 215-286.

CASTRO, Juventino V., *Garantías y amparo*, 5a. ed., México, Porrúa, 1986.

DEVELOPMENTS IN THE LAW, “Federal Habeas Corpus”, *Harvard Law Review*,

- Cambridge, Mass., vol. 83, núm. 5, marzo de 1980, pp. 1038-1280.
- FIX-ZAMUDIO, Héctor, *El juicio de amparo*, México, Porrúa, 1964.
- , “Influencia del derecho angloamericano en la protección procesal de los derechos humanos”, *Festschrift für Karl Loewenstein*, Tübingen, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1971, pp. 485-508.
- , “Breve introducción al juicio de amparo mexicano”, *Memoria de El Colegio Nacional*, 1976, México, 1977, pp. 141-191.
- , “A Brief Introduction to the Mexican Writ of Amparo”, trad. por Carl E. Schwarz, *California Western International Law Journal*, San Diego, vol. 9, núm. 2, primavera de 1979, pp. 306-348.
- , “The Writ of Amparo in Latin America”, trad. por Carl E. Schwarz, *Lawyer of the Americas. University of Miami Journal of International Law*, Miami, vol. 13, núm. 39, diciembre de 1981, pp. 361-391.
- , *La protección jurídica y procesal de los derechos humanos ante las jurisdicciones nacionales*, Madrid, UNAM-Civitas, 1982.
- , “A Global Survey of Governmental Institutions to Protect Civil and Political Rights”, trad. por Linda Friedman Ramírez, *Denver Journal of International Law and Policy*, Denver, vol. 13, núm. 1, verano de 1983, pp. 17-52.
- , “La Suprema Corte de Justicia y el juicio de amparo”, *La Suprema Corte de Justicia y el pensamiento jurídico*, México, Poder Judicial Federal, 1985, pp. 117-178.
- , *Los problemas contemporáneos del Poder Judicial*, México, UNAM, 1986.
- , “La Suprema Corte de Justicia como tribunal constitucional”, en los libros, *Las nuevas bases constitucionales y legales del sistema judicial mexicano*, y *Reformas constitucionales de la renovación nacional*, ambos México, Porrúa, 1987, pp. 345-390 y 495-541, respectivamente.
- , “El juicio de amparo mexicano y el derecho constitucional comparado”, *Studi in onore di Paolo Biscaretti di Ruffia*, Milán, Giuffrè, 1987, tomo I, pp. 413-460.
- , “Algunos aspectos de la influencia de la Constitución de los Estados Unidos en la protección de los derechos humanos en América Latina”, *Constitución y democracia en el Nuevo Mundo*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1988.
- , con la colaboración de CARPIZO, Jorge, “Amérique Latine”, en Louis Favoreu (edit.), *Le contrôle juridictionnel des lois. Légimité, effectivité et développements récents*, París, Economica-Presses Universitaires d’Aix-Marseille, 1986, 119-151.

- NORIEGA CANTÚ, Alfonso, *Lecciones de amparo*, 2a. ed., México, Porrúa, 1980.
- SHARPE, R. J., *The Law of Habeas Corpus*, Oxford, Oxford University Press, 1976.
- VALLARTA, Ignacio Luis, *El juicio de amparo y el writ of habeas corpus*, México, 1876.

EL SISTEMA AMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS*

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Breve relación de antecedentes.* III. *La creación y el desarrollo de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.* IV. *La Convención de San José y la organización y atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.* V. *Veinticinco años de protección de los derechos humanos.* VI. *Creación de la Corte Interamericana en la Convención de San José.* VII. *Organización y funcionamiento de la Corte.* VIII. *Relaciones entre los dos organismos tutelares.* IX. *El Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena.* X. *Perspectivas para el futuro.* XI. *Conclusiones.*

I. INTRODUCCIÓN

1. De acuerdo con las reglas tanto convencionales como generalmente reconocidas del derecho internacional que podemos clasificar como clásico, sólo los Estados podían intervenir ante los organismos internacionales, pero negaban a los individuos o grupos no gubernamentales el acceso a las instancias supranacionales, y si en algunos casos pudieron participar algunas personas destacadas, no lo hicieron como verdaderos sujetos jurídicamente reconocidos.¹

2. Fue en época relativamente reciente cuando se inició una tendencia dirigida a la aceptación de las personas individuales o de los grupos no gubernamentales para acudir a los organismos internacionales, y fue preci-

* Publicado en *Cuadernos del Instituto de Investigaciones Jurídicas*, México, año I, núm. 1, enero-abril de 1986, pp. 47-79.

¹ Cfr. Uribe Vargas, Diego, *Los derechos humanos y el sistema interamericano*, Madrid, Ediciones Cultura Hispánica, 1972, pp. 149-158.

samente en este continente en el cual se advierte el primer ensayo, inclusive de carácter jurisdiccional, para introducir el acceso de los particulares de manera directa ante las instancias de carácter internacional.²

3. En efecto, puede afirmarse que la Corte de Justicia Centroamericana (1907-1918) (véase *infra* párrafos 9 a 12) fue el primer organismo, si se exceptúa el Tribunal Internacional de Presas Marítimas, creado por la Convención de La Haya de 1907, que aceptó las instancias directas de particulares afectados por actos de autoridad en sus derechos humanos; pero este experimento duró pocos años y además careció de una verdadera eficacia práctica.³

4. Sin embargo, en esta segunda posguerra se advierte un movimiento cada vez más vigoroso, pero todavía limitado, para modificar los principios tradicionales, debido al principio de que los derechos humanos no constituyen sólo un problema estrictamente interno, sino que, por el contrario, rebasan el ámbito nacional, como lo demuestran los numerosos documentos aprobados por los organismos internacionales y la creación de instrumentos de protección de los propios derechos humanos que paulatinamente se han consolidado en los últimos años y que permiten el acceso ya sea directo o indirecto de los afectados.⁴

5. Dentro de esta evolución que pretende una tutela internacional o supranacional de los derechos humanos y el acceso de los particulares o de los grupos no gubernamentales a los organismos internacionales, podemos situar el sistema americano que tuvo su apoyo en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, expedida en condiciones dramáticas en la ciudad de Bogotá, en el mes de mayo de 1948, y en cuya elaboración tuvieron una participación destacada los delegados mexicanos.⁵

6. La Carta de Bogotá estableció los principios esenciales que se fueron

² Cfr. Seara Vázquez, Modesto, "El individuo ante las jurisdicciones internacionales en la práctica actual", *Comunicaciones mexicanas al VI Congreso Internacional de Derecho Comparado*, México, UNAM, 1962, pp. 223-232.

³ Cfr. Seara Vázquez, Modesto, *op. cit.*, pp. 228-232, quien considera que todavía es incipiente la tendencia hacia el reconocimiento de la instancia individual.

⁴ Cfr. Rodríguez y Rodríguez, Jesús, *El derecho de acceso del individuo a las jurisdicciones internacionales* (tesis profesional), México, 1965, pp. 69-185.

⁵ Cfr. Fernández del Castillo, Germán, "La Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre", *México en la IX Conferencia Internacional Americana*, México, Secretaría de Relaciones Exteriores, 1948, pp. 149-166.

desarrollando de manera paulatina a través de un conjunto de instrumentos jurídicos, y posteriormente también procesales, para tutela de los derechos establecidos en dicha Carta, y después consignados en la Convención de San José en 1969.

7. De acuerdo con esta tendencia, surgió primero la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, al principio con facultades muy modestas; pero con su valiente y meritoria labor fue obteniendo atribuciones más amplias, y posteriormente se estableció su complemento, es decir, la Corte Interamericana especializada en la tutela de los derechos del hombre.

8. Finalmente, aun cuando no estrictamente relacionado con los citados derechos fundamentales, también debemos mencionar el Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, que inició sus funciones en enero de 1984, puesto que dicho organismo establece el acceso directo de personas jurídicas individuales y colectivas de carácter privado contra las decisiones de los órganos del Tratado que les causen perjuicio, y lo anterior puede derivar en una tutela judicial directa o indirecta de algunos derechos fundamentales de los gobernados pertenecientes a los países latinoamericanos que suscribieron el mencionado tratado, como lo ha señalado el destacado jurista italiano Mauro Cappelletti en relación con el Tribunal de Luxemburgo.⁶

II. BREVE RELACIÓN DE ANTECEDENTES

9. En realidad debemos afirmar que el único antecedente que podemos señalar en nuestro continente del actual sistema interamericano de protección jurídica y procesal de los derechos humanos radica en la creación de la Corte de Justicia Centroamericana, de acuerdo con la Convención de Washington del 20 de diciembre de 1907, suscrita por Costa Rica, Guatemala, Honduras, Nicaragua y El Salvador, la cual puede considerarse como

⁶Cfr. Cappelletti, Mauro, en varios trabajos, entre otros, "Justicia constitucional supranacional" (trad. de Luis Dorantes Tamayo), *Revista de la Facultad de Derecho de México*, núm. 110, mayo-agosto de 1978, especialmente pp. 359-366, quien califica a la "protección de los derechos humanos en el derecho comunitario europeo como jurisdicción constitucional supranacional".

un instrumento avanzado, al menos teóricamente, conforme a la situación del derecho internacional de esta época, puesto que establece el acceso directo de las personas privadas afectadas.⁷

10. Este Tribunal se estableció de manera permanente el 25 de mayo de 1908, y funcionó durante dos quinquenios, el segundo inaugurado el 25 de julio de 1913, terminando definitivamente sus actividades en la sesión de clausura el 12 de enero de 1918, en virtud de que, por motivos políticos, no pudo renovarse el tratado que estableció su creación. Residió en Costa Rica, primero en Cartago y posteriormente en San José.

11. Su competencia establecida por la mencionada Convención de Washington y regulada por el Reglamento de la Corte del 2 de diciembre de 1911 y la Ordenanza de Procedimiento del 6 de diciembre de 1912, era bastante amplia, pues además de las controversias entre los Estados centroamericanos signatarios, establecía el acceso directo de los particulares afectados por actos de otro Estado diverso al de su nacionalidad, aun cuando no fuesen respaldados por su gobierno, y sólo se les exigía el agotamiento de los recursos internos del país considerado infractor, o bien demostrar la denegación de justicia. La instancia era todavía más amplia cuando ya hubiese acuerdo entre el particular demandante y el Estado respectivo para someter el caso a la Corte, pues entonces debía admitirse la reclamación sin condición alguna.

12. No obstante los buenos propósitos con los cuales se estableció este organismo jurisdiccional, los resultados prácticos fueron decepcionantes, puesto que de cinco reclamaciones individuales que se presentaron, ninguna fue resuelta favorablemente, ya sea por motivos procesales o de fondo, aun cuando algunos de los jueces formularon votos particulares con un criterio menos rígido que el de la mayoría, lo que resulta explicable dada la época y la situación política de los países centroamericanos.⁸

⁷Cfr. Rodríguez y Rodríguez, Jesús, *El derecho de acceso del individuo*, cit., *supra* nota 4, pp. 119-123; Uribe Vargas, Diego, *Los derechos humanos y el sistema interamericano*, cit., *supra* nota 1, pp. 161-163.

⁸Cfr. Rodríguez y Rodríguez, Jesús, *op. ult. cit.*, pp. 120-123; Uribe Vargas, Diego, *op. ult. cit.*, pp. 162-163; Alcalá-Zamora y Castillo, Niceto, "La protección procesal internacional de los derechos humanos", *Veinte años de evolución de los derechos humanos*, México, UNAM, 1974, p. 284, nota 36.

III. LA CREACIÓN Y EL DESARROLLO DE LA COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

13. El primer organismo que se estableció en el sistema interamericano fue la Comisión, creada por una resolución de la Quinta Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores, reunida en Santiago de Chile, en 1959, como un organismo para tutelar los derechos del hombre establecidos en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, expedida en Bogotá en mayo de 1948, y como una medida provisional en tanto se aprobaba la Convención Americana en preparación.⁹

14. El Estatuto se aprobó por el Consejo de la Organización de Estados Americanos el 25 de mayo de 1960 y los primeros miembros de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos fueron designados el 29 de junio de ese mismo año. Esa Comisión estaba integrada por siete miembros de elevada categoría moral y científica, y sus funciones eran bastante restringidas de acuerdo con los artículos 9 y 10 del citado Estatuto, puesto que se configuraba como un órgano de promoción del respeto a los derechos humanos, conforme a los lineamientos de la Carta de la Organización de los Estados Americanos y la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, para lo cual la mencionada Comisión sólo estaba facultada para estimular la conciencia de los derechos humanos, formular recomendaciones a los gobiernos de los Estados miembros, preparar estudios o informes, solicitar informaciones de los propios gobiernos y servir de cuerpo consultivo de la mencionada Organización.¹⁰

15. Debido a que las disposiciones del primer Estatuto carecían de precisión, los miembros de la Comisión pudieron actuar ampliando en la práctica y de manera paulatina estas atribuciones primitivas, en tal forma que, con una combinación equilibrada de prudencia y valentía, lograron la aceptación, primero tácita y posteriormente de manera expresa, de los

⁹ Cfr. Vasak, Karel, *La Commission Interaméricaine des Droits de l'Homme*, París, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1968, pp. 32-36.

¹⁰ Cfr. Uribe Vargas, Diego, *Los derechos humanos y el sistema interamericano*, cit., *supra* nota 1, pp. 138-140; Vasak, Karel, *op. ult. cit.*, pp. 51-54.

órganos directivos de la OEA, por lo que pasó de una simple función de promoción a la defensa activa de los derechos humanos, mediante la aceptación e investigación de quejas presentadas por individuos y por grupos no gubernamentales.¹¹

16. Esta labor de la Comisión Interamericana, no se limitó a sus atribuciones formales de promoción, de acuerdo con lo establecido en su estatuto original, sino que tanto en su reglamento interno expedido en 1960 y reformado en 1961, 1962, 1966 y 1967, como en la práctica, asumió la función más importante de la defensa de los derechos humanos en los países miembros de la OEA, al recibir y tramitar tanto quejas individuales como de grupos no gubernamentales; labor que fue reconocida e institucionalizada en varias reuniones de las autoridades de la citada Organización, entre las cuales pueden citarse la VIII Reunión de Consulta de los Ministros de Relaciones Exteriores, efectuada en Punta del Este en enero de 1962; la Segunda Conferencia Extraordinaria de la OEA, realizada en Rio de Janeiro en 1965, y particularmente la revisión sustancial de la Carta de la Organización, en febrero de 1967, ya que esta última elevó a la Comisión de Derechos Humanos a la jerarquía de órgano principal de la propia OEA.

17. En efecto, de acuerdo con las reformas al Estatuto original adoptadas en dichas reuniones y que se incorporaron al Reglamento interno de la Comisión, la misma se transformó de una manera formal en una institución tanto promotora como defensora de los derechos humanos, incluyendo sus facultades de recibir reclamaciones individuales o de grupos privados; solicitar información de los gobiernos pertenecientes a la OEA; formular un informe anual a la Conferencia o a la Reunión de Consulta sobre el progreso en el cumplimiento de la Declaración Americana de 1948, y comprobar si se aplicaron los procedimientos y remedios nacionales sobre protección de los derechos humanos.¹²

¹¹ Cfr. Sepúlveda, César, "México. La Comisión Interamericana y la Convención Americana sobre Derechos Humanos", *La protección internacional de los derechos del hombre. Balance y perspectivas*, México, UNAM, 1983, pp. 198-199.

¹² Cfr. Sepúlveda, César, *op. ult. cit.*, pp. 199-202; Karel, Vasak, *La Commission Interaméricaine*, cit., *supra* nota 9, pp. 46-58; Robertson, A. H., "Pactos y Protocolo opcional de las Naciones Unidas, Convención Americana y Convención Europea sobre Derechos Humanos. Estudio comparativo", *La protección internacional de los derechos del hombre*, cit., nota anterior, pp. 175-180.

IV. LA CONVENCIÓN DE SAN JOSÉ Y LA ORGANIZACIÓN Y ATRIBUCIONES DE LA COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

18. La evolución de la estructura y funciones de la Comisión culminó con la expedición de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, suscrita en San José, Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969, que entró en vigor el 18 de julio de 1978, una vez obtenido el número de ratificaciones requerido.

19. En esta Convención no sólo se consagró la obligatoriedad de la aplicación de los derechos humanos que consigna (predominantemente de carácter individual) para los países signatarios, sino que además estableció lineamientos más avanzados en cuanto a la Comisión Interamericana, recogiendo su excelente experiencia de 10 años de actividad tutelar, y creó el órgano jurisdiccional complementario, siguiendo en cierta manera el modelo europeo, a través de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (artículo 33 de la Convención) (véase *infra* párrafos 54 a 57).¹³

20. Actualmente, la citada Comisión Interamericana está regulada por los artículos 34 a 51 de la Convención de San José, reglamentados por el nuevo Estatuto, aprobado por la Asamblea General de la OEA en su noveno periodo ordinario de sesiones celebrado en La Paz, Bolivia, en octubre de 1979, así como por el Reglamento adoptado por la misma Comisión en su sesión celebrada el 8 de abril de 1980.¹⁴

21. Brevemente trataremos de proporcionar una visión panorámica de la estructura y funcionamiento de la Comisión de acuerdo con las anteriores

¹³Cfr. García Bauer, Carlos, "La observancia de los derechos humanos y la estructuración del sistema internacional de protección en el ámbito americano", Secretaría General de la OEA, *La Convención Americana sobre Derechos Humanos*, Washington, 1980, pp. 13-31; Trejos, Gerardo, "Órganos y procedimientos de protección de los derechos humanos en la Convención Americana", en la obra de Hernández, Rubén, *La tutela de los derechos humanos*, San José, Costa Rica, Ediciones Juricentro, 1977, pp. 61-81; Gros Espiell, Héctor, "Los derechos humanos y el sistema interamericano", en la obra *Symbolae García Arias*, núms. 33-36 de la revista *Temis*, Universidad de Zaragoza, 1973, 1974, pp. 193-210.

¹⁴Las fuentes legislativas pueden consultarse en el folleto editado por la Secretaría General de la OEA, Serv. C/N/II. 60, *Manual de normas vigentes en materia de derechos humanos en el sistema interamericano (actualizado a septiembre de 1983)*, Washington.

disposiciones legislativas.

A) *Organización*

22. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos se integra con siete miembros, quienes deberán ser personas de alta autoridad moral y reconocida versación en materia de derechos del hombre, que representen a todos los miembros que integran la Organización de Estados Americanos. Son electos a título personal por la Asamblea General de la Organización de una lista de candidatos (que pueden llegar a tres en cada caso) propuestos por los gobiernos de los Estados miembros. Duran en su cargo cuatro años con la posibilidad de una sola reelección, y no puede formar parte de la Comisión más de un nacional de un mismo Estado (artículos 34 a 37 de la Convención; 2 a 7 del Estatuto; 1 y 2 del Reglamento).

23. La directiva de la Comisión está compuesta por un presidente, un primer vicepresidente, un segundo vicepresidente, designados por mayoría absoluta de sus miembros por un periodo de cuatro años (artículos 14 del Estatuto, y 5 a 9 del Reglamento).

24. Además, la Comisión cuenta con una secretaría integrada por un secretario ejecutivo, por un secretario ejecutivo adjunto y por el personal profesional, técnico y administrativo necesario para el cumplimiento de sus labores. Dicha secretaría se considera como parte de la Secretaría General de la Organización (artículos 40 de la Convención, 10-11 del Reglamento).

B) *Funciones*

25. De acuerdo con su nueva reglamentación, la Comisión, a través de su meritoria labor de más de 20 años, ha obtenido facultades muy amplias, como en términos genéricos lo consagran los artículos primeros del Estatuto y del Reglamento respectivo, según los cuales: "La Comisión Interamericana de Derechos Humanos es un órgano de la Organización de los Estados Americanos creado para promover la observancia y la defensa de los derechos humanos y servir como órgano consultivo de la Organización en esta materia".

26. De acuerdo con las acertadas observaciones del distinguido internacionalista mexicano César Sepúlveda, actualmente presidente de la citada

Comisión Interamericana, la misma realiza las siguientes funciones: a) *conciliadora*, entre un gobierno y los grupos sociales que se sienten afectados en los derechos de sus miembros; b) *asesora*, aconsejando a los gobiernos que lo soliciten para adoptar medidas adecuadas para promover los derechos humanos; c) *crítica*, al informar sobre la situación de los derechos humanos en un Estado miembro de la OEA, después de atender los argumentos y las observaciones del gobierno interesado y cuando persistan las violaciones; d) *legitimadora*, en los supuestos en que un gobierno, como resultado del informe de la Comisión sucesivo a una visita o a un examen, se aviene a reparar las fallas de sus procesos internos y corrige las violaciones; e) *promotora*, al efectuar estudios sobre temas de derechos humanos para promover su respeto, y f) *protectora*, cuando además de las actividades anteriores, interviene en casos urgentes para pedir al gobierno contra el cual se ha presentado una queja que suspenda su acción e informe sobre los hechos.¹⁵

C) Atribuciones

27. De acuerdo con los artículos 41 de la Convención y 18 del Estatuto, la Comisión Interamericana posee, en esencia, las siguientes facultades: a) *estimular la conciencia* de los derechos humanos en los pueblos de América; b) *recomendaciones*, cuando lo estime conveniente, a los gobiernos de los Estados miembros; c) *preparar los estudios e informes* que considere adecuados para el desempeño de sus funciones; d) *solicitar* que los gobiernos de los Estados miembros le proporcionen informes; e) *recibir e investigar las peticiones y otras comunicaciones* de personas privadas o entidades no gubernamentales, y g) *rendir un informe anual* a la Asamblea General de la Organización.¹⁶

D) Derechos tutelados por la Comisión

¹⁵ Cfr. Sepúlveda, César, "México. La Comisión...", cit., *supra* nota 11, pp. 201-202.

¹⁶ Cfr. Volio, Fernando, "La Comisión Interamericana de Derechos Humanos", *La Convención Americana sobre Derechos Humanos*, Washington, Secretaría General de la OEA, 1980, pp. 80-81.

28. Según lo dispuesto por el segundo párrafo del artículo 1o. del Estatuto de la citada Comisión, la labor protectora del organismo está relacionada con los derechos definidos en la Convención Americana por lo que se refiere a los Estados partes de la misma, y en segundo término, los derechos consagrados en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, respecto de los demás Estados miembros.

29. De acuerdo con la doctrina, la Comisión no sólo tutela derechos de carácter individual, sino también los de naturaleza social así sea de manera indirecta, puesto que, según el artículo 42 de la mencionada Convención de San José, los Estados partes deben remitir a la Comisión Interamericana copia de los informes y estudios que en sus respectivos campos sometan anualmente a las Comisiones Ejecutivas de los Consejos Interamericanos, Económico y Social, y para la Educación, la Ciencia y la Cultura, a fin de que la propia Comisión "vele porque se promuevan los derechos derivados de las normas económicas, sociales y sobre la educación, ciencia y cultura, contenidos en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires".¹⁷

D) Legitimación

30. Están legitimados para acudir a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos cualquier persona o grupos de personas, o entidad no gubernamental legalmente reconocida en uno o más Estados miembros de la Organización, en su propio nombre o en el de terceras personas,

¹⁷ Cfr. Volio, Fernando, *op. ult. cit.*, p. 81; Gros Espiell, Héctor, "Los derechos humanos y el sistema interamericano", *cit.*, *supra* nota 13, pp. 198-199. Además debe tomarse en cuenta que el artículo 26 de la citada Convención Interamericana de San José establece que: "Los Estados partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidos en la Carta de la Organización, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa y otros medios apropiados". Cfr. Buergethal, Thomas y otros, *La protección de los derechos humanos de las Américas*, trad de Rodolfo Piza Escalante, San José, Costa Rica, Editorial Juricentro, 1984, pp. 119-164.

para presentar quejas o denuncias referentes a presuntas violaciones de los derechos humanos reconocidos ya sea en la Convención o en la Declaración Americana. Lo anterior significa, de acuerdo con la observación de la doctrina, que no se requiere que el quejoso o denunciante sea afectado directamente por la violación que impugna, y equivale, por tanto, a una acción *popular* (artículos 44 del Estatuto y 23 del Reglamento).¹⁸

31. También está facultado para instar ante la citada Comisión Interamericana el Estado parte de la Convención Americana que en el momento del depósito de su instrumento de ratificación o adhesión a la misma Convención, o en cualquier momento posterior, declare que reconoce la competencia de la referida Comisión para recibir y examinar las comunicaciones en que un Estado parte alegue que otro Estado parte ha incurrido en violaciones de los derechos humanos establecidos por la propia Convención, siempre que este último también hubiese reconocido la referida competencia (artículos 45 de la Convención, y 19 del Estatuto).

32. Por el contrario, desde el punto de vista de la legislación pasiva, sólo puede ser parte demandada un Estado al cual se le atribuya la violación de los derechos humanos; pero tratándose de denuncias o reclamaciones individuales o de grupos o entidades no gubernamentales, éstas pueden enderezarse tanto contra los Estados partes de la Convención, por desconocimiento de los derechos consagrados en ella, como respecto de aquellos que, no siendo partes, sean miembros de la Organización de Estados Americanos, pero sólo en relación con los derechos fundamentales reconocidos en la Declaración de Bogotá de 1948. En forma diversa, si el denunciante es un Estado parte de la Comisión, sólo puede presentarse la instancia contra otro Estado parte que también se hubiese sometido a la propia Comisión, en la inteligencia de que estas declaraciones sobre reconocimiento de competencia pueden hacerse para que éste rija por tiempo indefinido, por un periodo determinado o para casos específicos (en este último supuesto, puede consultarse lo dispuesto por el artículo 45.3, de la Convención).¹⁹

¹⁸ Cfr. Trejos, Gerardo, "Órganos y procedimientos de protección...", cit., *supra* nota 13, pp. 108-109.

¹⁹ Cfr. Volio, Fernando, "La Comisión Interamericana...", cit., *supra* nota 16, quien califica a la denuncia de un Estado contra otro como "derecho de petición", p. 85.

F) *Procedimiento*

33. La tramitación de las denuncias y reclamaciones, tanto privadas como de los Estados, puede dividirse en dos etapas: la primera se refiere a los requisitos de admisibilidad y la segunda consiste en una tramitación contradictoria,²⁰ las que el profesor Gerardo Trejos califica como presupuestos procesales y el contradictorio propiamente dicho.²¹

a) Requisitos de admisibilidad o presupuestos del procedimiento ante la Comisión

34. De acuerdo con la Convención Americana y el Reglamento de la Comisión, la denuncia o reclamación debe presentarse por escrito, con los datos necesarios para identificar a la persona o personas reclamantes; la relación de los hechos y situaciones violatorias, así como el Estado que se considera responsable. Además, la petición debe interponerse dentro de los seis meses contados a partir de la fecha en que el presunto lesionado en sus derechos ha sido notificado de la decisión definitiva, en caso de agotamiento de los recursos internos, y en los casos excepcionales en que no se exija este último requisito, el plazo preclusivo se traduce en un periodo de tiempo razonable, a criterio de la Comisión, contado a partir de la fecha en que haya ocurrido la presunta violación de los derechos, de acuerdo con cada caso concreto (artículos 46, incisos c) y d) de la Convención; 29 y 35 del Reglamento).

35. Además de los requisitos formales y de plazo mencionados en el párrafo anterior, la legislación respectiva ordena que se cumplan otras exigencias esenciales. La primera se refiere a la interposición y agotamiento de los recursos de jurisdicción interna, conforme a los principios del derecho internacional generalmente reconocidos, salvo en los supuestos en que no exista en la legislación del Estado de que se trata el debido proceso legal para la protección del derecho o derechos que se alega han sido violados; no se haya permitido al presunto lesionado el acceso a los citados recur-

²⁰ Cfr. Volio, Fernando, *op. ult. cit.*, pp. 85-86; Trejos, Gerardo, "Órganos y procedimientos...", *cit.*, *supra* nota 13, pp. 113-126.

²¹ Trejos, Gerardo, *op. ult. cit.*, pp. 126-133.

sos nacionales, o se le haya impedido agotarlos; finalmente, cuando exista retardo injustificado en la decisión sobre los mencionados instrumentos internos (artículos 46.2 de la Convención, y 34 del Reglamento).

36. Por otra parte, en el inciso 3 del Reglamento de la Comisión se establece que si el petionario afirma la imposibilidad de comprobación del agotamiento de los recursos internos, corresponderá al gobierno en contra del cual se dirige la petición demostrar a la Comisión que dichos recursos no han sido previamente agotados, a menos que ello se deduzca de los antecedentes contenidos en la petición.

37. El segundo presupuesto para iniciar el procedimiento consiste en que la materia de la petición o comunicación no esté pendiente de otro procedimiento de arreglo internacional, o sea sustancialmente la reproducción de una petición pendiente o ya examinada y resuelta por la Comisión u otro organismo internacional gubernamental de que sea parte el Estado aludido (artículos 46.1, inciso c) de la Convención, y 36, inciso 1, del Reglamento).

38. Como la regla anterior puede dar lugar a situaciones de injusticia, en el inciso 2 del artículo 36 del propio Reglamento de la Comisión se dispone que no será impedimento para el examen de la denuncia o reclamación, la duplicidad de procedimientos, cuando el seguido ante la otra organización u organismo se limite al examen de la situación general sobre derechos humanos en el Estado aludido, y no exista una decisión sobre los hechos específicos que son objeto de la petición sometida a la Comisión, o que no conduzca al arreglo efectivo de la violación denunciada y el solicitante ante dichas organizaciones sea una tercera persona o una entidad no gubernamental, sin mandato de los primeros.

39. Por otra parte, de acuerdo con el artículo 30 del propio Reglamento, si la Comisión estima que la petición es inadmisibles o está incompleta, se notificarán al petionario las deficiencias, solicitándole que complete los requisitos omitidos en su petición.

b) Procedimiento contradictorio

40. Una vez admitida de manera preliminar la petición respectiva, la Comisión solicita informes al gobierno del Estado aludido, transcribiendo las partes pertinentes, y en caso de urgencia o cuando se estime que la vida, la integridad personal o la salud de una persona se encuentra en inminente

peligro, se pedirá al gobierno respectivo su más pronta respuesta, utilizando para ello el medio que se considere más expedito. En condiciones normales, el informe solicitado deberá ser remitido lo más pronto posible, dentro de 120 días a partir de la fecha del envío de la solicitud. Si se justifican los motivos, pueden otorgarse prórrogas de 30 días para presentar el informe, siempre que no excedan los 180 días contados desde la fecha del envío de la comunicación al gobierno demandado (artículos 48 de la Convención, y 31 del Reglamento).

41. Una disposición importante de carácter procesal es la consignada en el artículo 39 del Reglamento, según la cual se presumirán verdaderos los hechos relatados en la petición comunicados al gobierno respectivo, si éste no suministra la información correspondiente dentro del plazo máximo fijado por la Comisión Interamericana, siempre y cuando de otros elementos de convicción no resultare una conclusión diversa, lo que confirma el carácter contradictorio del procedimiento, puesto que ésta es la regla que se establece en los códigos procesales como consecuencia de la rebeldía de la parte demandada.²²

42. El propio Reglamento establece una etapa *preliminar* en la cual la Comisión examina los presupuestos procesales, es decir, los requisitos de admisibilidad antes mencionados en los párrafos 34 a 38, así como aquellas cuestiones que determinen su improcedencia manifiesta o la insubsistencia de los motivos de la petición; que resulten del expediente o que hayan sido planteados por las partes, o bien que la misma sea manifiestamente infundada, declarando la Comisión, en su caso, la inadmisibilidad de la propia reclamación y el archivo del expediente (artículos 32 y 38).

c) Audiencia e investigación *in loco*

43. Una vez admitida en firme la denuncia o reclamación, la Comisión puede realizar una audiencia con el fin de comprobar los hechos, previa citación de las partes, y en la misma podrá pedir al representante del Estado demandado cualquier información pertinente, y recibir, si así se le solicita, las exposiciones verbales o escritas que presenten los interesados. Además, cuando la misma Comisión lo considere necesario y conveniente,

²² Sobre la rebeldía del demandado en el derecho mexicano, entre otros, Ovalle Favela, José, *Derecho procesal civil*, México, Harla, 1980, pp. 86-87.

puede realizar una investigación, previo consentimiento del Estado en cuyo territorio se alegue haberse cometido la violación, la que se efectuará en casos urgentes, con la simple presentación de una petición que reúna todos los requisitos formales de admisibilidad (artículos 48.1, incisos d) y e) de la Convención, 40 y 41 del Reglamento).²³

d) Solución amistosa

44. A través de la conciliación y en cualquier etapa del procedimiento, la Comisión Interamericana se pondrá a disposición de las partes, a solicitud de cualquiera de ellas o por iniciativa propia, a fin de obtener una solución amistosa del asunto, fundada en el respeto de los derechos humanos consagrados en la Convención de San José. Cuando se obtenga la conciliación, la Comisión debe comunicar el resultado al Secretario General de la OEA para su publicación, mediante un informe en el cual se contendrá una breve exposición de los hechos y la solución lograda, suministrándose a las partes, cuando lo soliciten, la más amplia información posible (artículos 48.1, inciso f), y 49 de la Convención; 42 del Reglamento).

e) Decisión

45. De no llegarse a una conciliación, la Comisión debe examinar las pruebas aportadas por las partes, las declaraciones de los testigos, así como documentos, registros, publicaciones oficiales o mediante la investigación *in loco*. Con todo este material, la propia Comisión debe preparar lo que la legislación aplicable califica de "informe", pero que en nuestro concepto debe considerarse como una resolución, aun cuando la misma no pueda imponerse de manera coactiva al Estado que se considere responsable,²⁴ y así la califica el mismo Reglamento en su artículo 50 cuando se refiere al pronunciamiento de la Comisión tratándose de peticiones referentes a Estados que no sean partes de la Convención Americana.

²³ Cfr. Trejos Gerardo, "Órganos y procedimientos de protección...", cit. *supra* nota 13, pp. 128-130.

²⁴ Cfr. Robertson, A. H., "Pactos y Protocolo...", cit. *supra* nota 12, p. 179, quien considera que debe estimarse como un compromiso acertado entre una decisión obligatoria y un simple dictamen.

46. En el llamado informe, la Comisión formula proposiciones y recomendaciones que estima convenientes, las que no pueden considerarse como definitivas, puesto que si en el plazo de tres meses, a partir de la remisión al Estado interesado de las citadas recomendaciones o proposiciones el asunto no ha sido solucionado o sometido a la decisión de la Corte por la Comisión o por el Estado interesado, aceptando la competencia de esta última, la propia Comisión podrá emitir, por mayoría absoluta de los votos de sus miembros, lo que puede considerarse *la decisión final*, con sus criterios y sus conclusiones sobre la cuestión sometida a su conocimiento, y además con las opiniones disidentes y las exposiciones verbales y escritas que hayan hecho las partes. Dicho documento se transmite a las partes interesadas, las que no están facultadas para publicarlo (artículos 50 de la Convención, 43 y 44 del Reglamento).

f) Publicación del fallo

47. Transcurrido el plazo fijado, la Comisión debe resolver, por la mayoría absoluta de votos de sus miembros, si el Estado responsable ha tomado o no las medidas adecuadas, y en su caso, si la Comisión publica o no la resolución respectiva, publicación que podrá efectuarse mediante su inclusión en el informe anual que la propia Comisión debe presentar a la Asamblea General de la Organización y en cualquier otra forma que considere apropiada (artículos 51.3, de la Convención y 45 del Reglamento). La publicación de la decisión de la Comisión, así como sus observaciones sobre el cumplimiento de la misma por parte del Estado que se ha considerado responsable de la violación denunciada o reclamada, es el único instrumento de presión con el que cuenta la Comisión Interamericana cuando existe resistencia para adoptar sus proposiciones y reglamentaciones, salvo el supuesto en que someta el asunto a la Corte Interamericana, puesto que, como se ha dicho, la resolución de la propia Comisión no es imperativa, pero puede ser eficaz si se hace pública, en cuanto ningún gobierno de nuestra región estará complacido, y por ello procurará evitar que se le considere en el informe como renuente a aceptar las medidas y

propuestas de la Comisión Interamericana para reparar las violaciones de los derechos humanos de sus habitantes.²⁵

g) Sometimiento del caso a la Corte Interamericana

48. Cuando el Estado contra el cual se ha presentado una denuncia o reclamación ha aceptado la jurisdicción de la Corte, la Comisión tiene la facultad de decidir si somete el asunto a dicha Corte Interamericana, una vez que ha formulado la decisión sobre las infracciones imputadas al gobierno responsable y comunicado dicha resolución calificada como "informe" al propio demandado (véase *supra* párrafo 46). Si el Estado respectivo no reconoce la competencia de la Corte, la Comisión podrá invitarlo a que haga uso de la opción establecida por el artículo 62.2, de la Convención, para admitir dicha jurisdicción en el caso concreto que se pretende plantear ante el citado organismo judicial (véase *infra* párrafo 70) (artículo 47 del Reglamento de la Comisión).

V. VEINTICINCO AÑOS DE PROTECCIÓN
DE LOS DERECHOS HUMANOS

49. Como se señaló con anterioridad (véase *supra* párrafos 13 a 17), desde el momento de su establecimiento en 1960, la Comisión adoptó en la práctica una actitud no sólo de promoción de los derechos fundamentales de los habitantes de los países miembros de la OEA, sino también de carácter tutelar, al admitir e investigar numerosas denuncias y quejas de personas privadas o de grupos no gubernamentales, con lo cual obtuvo el respeto y el reconocimiento, primero de la comunidad interamericana, y después por conducto de las reformas de 1961 a 1967 de su primer Estatuto, las que incorporaron varias de sus funciones que primero se habían ejercido por la Comisión.

50. Como lo sostiene el distinguido internacionalista mexicano y actual Presidente de la Comisión Interamericana, profesor César Sepúlveda, la

²⁵ Cfr. Trejos, Gerardo, *op. cit.*, *supra* nota 13, p. 131.

propia Comisión ganó sus espuelas poco a poco y merecidamente, obteniendo el respeto de los Estados y de la organización regional misma, a pesar de los obstáculos naturales y de los elementos adversos que militaron en su contra, con lo que se confirmó el fenómeno de lo que se califica como “desarrollo funcional” de los organismos internacionales.²⁶

51. Además de las miles de reclamaciones de carácter individual o de grupos no gubernamentales que recibió e investigó durante estos 25 años,²⁷ la Comisión Interamericana efectuó intervenciones de gran trascendencia no sólo en el ámbito de nuestra región, sino en la esfera mundial de las relaciones internacionales.²⁸

52. Podemos señalar al respecto dos ejemplos notorios, el primero de los cuales se refiere a la intervención de la Comisión en el grave conflicto armado de la República Dominicana, y que le fue solicitada en mayo de 1965 por los dos grupos que se disputaban el poder. De acuerdo con las declaraciones de los dos sectores, en las cuales se comprometieron a hacer respetar los derechos humanos enunciados en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, expedida en Bogotá en 1948, la propia Comisión pudo evitar numerosas violaciones, y por ello, su permanencia en el territorio de la República Dominicana fue considerada por ambas partes como una garantía de la reconciliación nacional, prolongándose hasta que un nuevo gobierno surgido de elecciones generales pudo entrar en funciones.²⁹

53. Otro suceso de gran significado y repercusión internacionales es el relativo a las gestiones de la Comisión Interamericana para solucionar el problema de la toma de la embajada de la República Dominicana en Bogotá, en abril de 1980, cuando, como es bien sabido, el grupo insurgente M-19 mantuvo como rehenes a varios diplomáticos de diversos países que

²⁶ Cfr. Sepúlveda, César, *op. cit.*, *supra* nota 11, pp. 199-203.

²⁷ Cfr. Volio, Fernando, *op. cit.*, *supra* nota 16, pp. 88-89; Buergenthal, Tomas y otros, *La protección de los derechos humanos en las Américas*, cit., *supra* nota 17, pp. 165-227.

²⁸ Cfr. Vasak, Karel, *La Commission Interamericaine...*, cit., *supra* nota 9, pp. 103-124; Buergenthal, Tomas, *op. ult. cit.*, pp. 229-305.

²⁹ Cfr. Vasak, Karel, *op. ult. cit.*, pp. 153-173. Los informes sobre la actuación de la Comisión en la República Dominicana pueden consultarse en los documentos de la OEA, Ser.L/V, 13, doc, 14, rev. 1965, y Ser.L/V/11.15, doc, 6, rev. 19.

³⁰ Cfr. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *25 años luchando por los derechos humanos en América*, Washington, OEA, 1984, especialmente pp. 17-26.

se habían reunido en dicha embajada. La intervención de la Comisión fue decisiva para lograr la liberación de los citados rehenes, no obstante lo difícil de las negociaciones respectivas.³⁰

VI. CREACIÓN DE LA CORTE INTERAMERICANA EN LA CONVENCIÓN DE SAN JOSÉ

54. Desde la reunión en Bogotá en 1848 se tuvo la intención de crear un órgano jurisdiccional para conocer las controversias sobre la afectación de los derechos humanos consignados en la Declaración Americana expedida en esa oportunidad, por lo que se encomendó al Comité Jurídico Interamericano el estudio correspondiente. Sin embargo, la creación de la Corte Interamericana debió superar obstáculos más difíciles que los relativos al establecimiento de la Comisión (véase *supra* párrafos 13 y 14), en virtud de la resistencia de numerosos gobiernos de nuestro continente para someterse a un tribunal supranacional.³¹

55. Por ello, fue hasta la suscripción de la Convención Americana de San José, en noviembre de 1969, que se introdujo la Corte Interamericana en el capítulo VIII, artículos 52 a 69 de la citada Convención, la que, como se ha dicho, entró en vigor en 1978.

56. El Estatuto de la Corte Interamericana fue adoptado por la Asamblea General de la OEA en su IX periodo de sesiones celebrado en La Paz, Bolivia, en octubre de 1979, con vigencia a partir del 1 de enero de 1980. La propia Corte se instaló en la ciudad de San José, Costa Rica, el 3 de septiembre de 1979, y aprobó su Reglamento en su tercer periodo de sesiones celebrado del 30 de julio al 9 de agosto de 1980.³²

³¹ Cfr. Dunshee de Abranches, C. A., "La Corte Interamericana de Derechos Humanos", *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, cit., *supra* nota 16, pp. 91-98.

³² Tanto el Estatuto como el Reglamento de la Corte pueden consultarse en el libro *Manual de normas vigentes en materia de derechos humanos*, cit., *supra* nota 14, pp. 155-190.

VII. ORGANIZACIÓN Y FUNCIONAMIENTO DE LA CORTE

A) Organización

57. La Corte Interamericana se compone de siete jueces, nacionales de los Estados miembros de la OEA, elegidos a título personal entre juristas de la alta autoridad moral, de reconocida competencia en materia de derechos humanos y que reúnan las condiciones requeridas para el ejercicio de las más elevadas funciones judiciales, conforme a la ley del Estado del que sean nacionales o de aquel que los postule como candidatos. Como ocurre también con la Comisión (véase *supra* párrafo 22), no puede haber más de un miembro de la misma nacionalidad (artículos 52 de la Convención y 4 del Estatuto).

58. Los jueces son designados en votación secreta por la mayoría absoluta de votos de los Estados partes de la OEA, de una lista propuesta por esos mismos Estados, los que pueden presentar hasta tres candidatos, que sean nacionales del Estado que los propone o de cualquier otro miembro de la Organización. El cargo dura seis años y los jueces sólo pueden ser reelegidos una vez (artículos 53 y 54 de la Convención, y 5 a 9 del Estatuto).

59. No obstante que esta materia ha sido objeto de discusiones doctrinales, la Convención siguió el ejemplo de la Corte Internacional de Justicia, y estableció el sistema de los jueces *ad hoc*, de acuerdo con lo cual, el juez que sea nacional de alguno de los Estados partes en el caso sometido a la Corte, conserva su derecho a conocer del mismo, por lo que otro Estado parte en el mismo asunto puede designar una persona de su elección para que integre la Corte.

60. En el supuesto de que entre los jueces que conozcan una controversia, ninguno fuere de la nacionalidad de los Estados partes, cada uno de éstos podrá designar un juez *ad hoc*; pero si varios tuvieran un mismo interés en el caso, se considerarán como una sola parte para el efecto de la designación. Estos jueces especiales deben reunir las calidades señaladas para los titulares (artículos 55 de la Convención, 10 del Estatuto y 17 del Reglamento).³³

³³ Cfr. Dunshee de Abranches, C. A., "La Corte Interamericana...", cit., *supra* nota 31, p. 108.

61. También se pueden designar *jueces interinos* por los Estados partes en la Convención en una sesión del Consejo Permanente de la OEA, a solicitud del Presidente de la Corte, cuando sea necesario preservar el quórum (artículos 6, inciso 3, y 19, inciso 4, del Estatuto y 16 del Reglamento).

62. El quórum para las deliberaciones de la Corte Interamericana es de cinco jueces (artículos 56 de la Convención, y 23, inciso 1, del Estatuto). Las decisiones se tomarán por mayoría de los jueces presentes, con voto de calidad para el Presidente, lo que se ha considerado inconveniente por la doctrina, en virtud de que, de acuerdo con este sistema, pueden tomarse resoluciones importantes por el voto de tres de los jueces, que son minoría respecto de los integrantes del tribunal, por lo que se ha propuesto la modificación de los preceptos respectivos para adoptar el criterio de la mayoría absoluta de los integrantes, como se estableció con relación a las decisiones de la Comisión Interamericana (véase *supra* párrafos 46 y 47) (artículos 23, inciso 2 del Estatuto, y 15, inciso 3, del Reglamento).³⁴

63. Los jueces de la Corte Interamericana eligen entre ellos al Presidente y al vicepresidente, por el plazo de dos años. El segundo sustituye al primero en sus ausencias temporales y ocupa su lugar en caso de vacancia. En el último caso, la Corte designará un vicepresidente que reemplazará al anterior por el resto de su mandato, y el mismo procedimiento se sigue cuando el propio vicepresidente deje de formar parte de la Corte o renuncie antes de la expiración normal de sus funciones. El Presidente dirige el trabajo de la Corte, la representa, ordena el trámite de los asuntos que se sometan al tribunal y dirige sus sesiones (artículos 12 del Estatuto y 3 a 5 del Reglamento).

64. También existe una secretaría cuyo titular es designado por la Corte por un periodo de cinco años y podrá ser reelegido. El secretario deberá poseer los conocimientos jurídicos y la experiencia requeridos para ejercer las funciones del cargo y tener conocimiento de los idiomas de trabajo del tribunal. Además, la propia Corte nombra un secretario adjunto a propuesta del titular, el que auxilia a este último en sus funciones y lo suple en sus ausencias temporales (artículos 14 del Estatuto y 72 a 102 del Reglamento).

³⁴ Cfr. Dunshee de Abranches, C. A., *op. ult. cit.*, p. 111.

65. La Corte celebra dos periodos de sesiones al año, uno al comienzo de cada semestre, en las fechas en que el tribunal decide en su sesión ordinaria inmediatamente anterior; pero en casos muy importantes, el Presidente podrá cambiar estas fechas.

66. Las sesiones extraordinarias serán convocadas por el Presidente o a petición de la mayoría de los jueces. En los casos de extrema gravedad y urgencia, cuando se haga necesario evitar daños irreparables a las personas, las referidas sesiones extraordinarias pueden ser convocadas a solicitud de cualquiera de los jueces. Las audiencias serán públicas a menos que la Corte en casos excepcionales decida lo contrario; pero las deliberaciones serán privadas y permanecerán en secreto, salvo que la propia Corte considere otra cosa. La sede permanente es la ciudad de San José, Costa Rica, pero la Corte podrá celebrar reuniones en cualquier Estado miembro de la Organización, cuando se considere conveniente por la mayoría de sus miembros y previa anuencia del gobierno respectivo. Dicha sede puede ser cambiada por el voto de los dos tercios de los Estados partes en la Convención, emitidos en la Asamblea General de la OEA (artículos 58 de la Convención, 3 y 24 del Estatuto y 14 del Reglamento).

B) Atribuciones

67. De acuerdo con lo dispuesto por los artículos 1o. y 2o. del Estatuto, la Corte Interamericana posee dos funciones esenciales: una de *carácter jurisdiccional* para resolver las controversias que sobre violación de derechos humanos le sometan la Comisión Interamericana o los Estados partes de la Convención, y otra de *naturaleza consultiva* para la interpretación de las disposiciones interamericanas, así como de la compatibilidad de los ordenamientos internos, sobre derechos humanos, con las primeras.

68. Al respecto, el primero de los preceptos mencionados establece que la propia Corte es una *institución judicial autónoma* cuyo objetivo es la aplicación e interpretación de la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos.³⁵

³⁵ Cfr. Dunshee de Abranches, C. A., *op. ult cit.*, pp. 119-120; Robertson, A. H., "Pactos y Protocolo...", cit., *supra* nota 12, pp. 186-187.

C) *Legitimación procesal*

69. Ésta varía si se trata del procedimiento contencioso o bien de la tramitación de las consultas. En el primer supuesto sólo los Estados partes de la Convención y la Comisión Interamericana tienen capacidad procesal de carácter activo para presentar una demanda ante la Corte Interamericana (artículos 61.1, de la Convención, y 25 del Reglamento). En forma diversa, cualquiera de los Estados miembros de la OEA puede solicitar a la propia Corte la interpretación de la Convención de San José, de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos, así como respecto de la compatibilidad de cualesquiera de sus leyes internas y los mencionados instrumentos internacionales. Los órganos de la OEA también están facultados para solicitar dictámenes de la Corte, en lo que les compete (artículos 64 del Estatuto, y 49 a 54 del Reglamento).

70. Puede ser parte demandada el Estado parte de la Convención al que se atribuya la violación de los derechos humanos consagrados en la misma; pero para ello es preciso que dicho Estado, así como el que interpone la instancia, cuando ésta no sea presentada por la Comisión Interamericana, hayan declarado en el momento de depósito del instrumento de ratificación o de adhesión a la propia Convención o en cualquier momento posterior, que reconocen como obligatoria de pleno derecho y sin convención especial, la competencia de la Corte sobre todos los casos relativos a la interpretación y aplicación de la Convención. Esta declaración puede ser hecha incondicionalmente o bajo condición de reciprocidad, por un plazo determinado o para casos específicos (artículo 62 de la Convención). También puede ser demandada la Comisión Interamericana cuando un Estado objete la decisión de la propia Comisión (artículo 25, inciso 1, del Reglamento).

71. Una situación especial es la establecida por el artículo 305 de la Constitución de Perú, al someter expresamente al gobierno a las instancias internacionales, en cuanto dicho precepto dispone que una vez agotada la jurisdicción interna (cuya última instancia corresponde en esta materia al Tribunal de Garantías Constitucionales), quien se considere lesionado en

³⁶ Cfr. Fix-Zamudio, Héctor, *Los tribunales constitucionales y los derechos humanos*, 2a. ed., México, UNAM-Porrúa, 1985, pp. 152-154, 187-192.

los derechos fundamentales que la propia Constitución reconoce, puede recurrir a los tribunales u organismos internacionales constituidos según los tratados de los que es parte el Perú.³⁶

72. Lo anterior significa que el sometimiento de los Estados partes a la Corte Interamericana es *potestativo*, a través de una declaración específica, al igual que lo es su sometimiento a la Comisión para el caso de comunicaciones estatales, contrariamente a lo que ocurre con la competencia de este último órgano tratándose de quejas o denuncias individuales, en que es *obligatoria* y no sólo para los que han ratificado la Convención de San José, sino también para los Estados miembros de la OEA, aun cuando en este segundo supuesto, sólo pueden interponerse reclamaciones contra violaciones de los derechos consignados en la Declaración de Bogotá (véase *supra* párrafos 31 y 32).

D) *Procedimiento*

73. Como lo hemos señalado anteriormente, la tramitación puede dividirse en dos categorías: judicial y consultiva. Examinaremos brevemente la primera.

a) *Procedimiento contencioso*

74. Éste se inicia con la presentación de la demanda por la Comisión Interamericana o por el Estado parte que hubiese reconocido su competencia, ya sea porque se considere que otro Estado parte (que también se hubiese sometido a la jurisdicción de la Corte) ha violado los derechos humanos consignados en la Convención, o en virtud de que exista inconformidad con la decisión de la propia Comisión (artículo 25 del Reglamento).

75. Una vez notificada la demanda y contestada por el Estado o la Comisión demandados, pueden presentarse las que el citado Reglamento de la Corte califica como “excepciones preliminares”, que comprenden las que en el proceso común se califican como dilatorias y aquellas relacionadas con los presupuestos procesales (que deben de ser resueltas de inmediato), y las que se refieren al objeto del proceso, que deben decidirse conjuntamente con la cuestión de fondo. Estas objeciones preliminares no suspenden el procedimiento y se analizan tomando en cuenta las expo-

siones escritas y las pruebas de las partes (artículo 27 del Reglamento).

76. El procedimiento contradictorio comprende dos etapas: una escrita y otra oral en la inteligencia de que el Presidente de la Corte, después de escuchar las opiniones de los representantes de las partes, señala los plazos en los cuales deben presentarse las instancias y otros documentos (artículos 28 y 29 del Reglamento).

77. La parte escrita del procedimiento comprende la presentación de una memoria y de una contramemoria; pero en circunstancias especiales la Corte puede autorizar también la formulación de réplica y dúplica (artículo 30 del Reglamento).

78. El Presidente de la Corte fija la fecha de apertura del proceso oral, previa consulta con los representantes de las partes y delegados de la Comisión, procedimiento que se concentra en una audiencia en la cual se desahogan las declaraciones de los peritos, de los testigos y de otras personas que la Corte decida oír. Todos pueden ser interrogados por los jueces y también por los representantes de las partes, bajo la moderación del Presidente del tribunal (artículos 32 a 41 del Reglamento).

79. El proceso puede terminar anticipadamente cuando la parte actora notifica al secretario su intención de desistir. Si las otras partes aceptan dicho desistimiento, la Corte puede ordenar el archivo del expediente, después de conocer los puntos de vista de la Comisión Interamericana. También puede ordenarse el archivo del asunto cuando en una causa presentada por la citada Comisión, ésta recibe comunicación de una solución amistosa, de una avenencia o de otro hecho apto para proporcionar una solución del litigio. No obstante lo anterior, la propia Corte está facultada para resolver que se prosiga el examen del caso (artículo 42 del Reglamento).

80. *Medidas precautorias o cautelares.* En cualquier etapa del procedimiento, siempre que se trate de casos de extrema gravedad y urgencia y cuando se haga necesario evitar daños irreparables a las personas, la Corte podrá tomar las medidas provisionales que considere convenientes. Cuando se trate de asuntos que aún no están sometidos a su conocimiento, el tribunal podrá actuar a solicitud de la Comisión Interamericana. Dichas medidas se pueden decretar en cualquier momento, de oficio, a petición de una de las partes o de la Comisión (artículos 63.2, de la Convención, y 23 del Reglamento).³⁷

³⁷ Cfr. Trejos, Gerardo, *op. cit.*, *supra* nota 13, pp. 106-114.

81. *Sentencia*. Una vez que ha terminado la instrucción y celebrada la audiencia, la Corte delibera en privado para establecer una votación preliminar, de acuerdo con la cual designa uno o más ponentes entre los jueces de la mayoría o minoría respectivas, fijándose entonces la fecha de la discusión y votación definitivas, en la que se aprueba la redacción de la sentencia. El fallo será firmado por todos los jueces que participaron en la votación, quienes pueden formular opiniones de disidencia o razonadas; pero es válida la resolución suscrita por la mayoría de los jueces (artículos 66 de la Convención y 46 del Reglamento).

82. El fallo es definitivo e inapelable. En el supuesto de desacuerdo sobre el sentido y alcance de la resolución, a solicitud de cualquiera de las partes presentada dentro de los 90 días a partir de la fecha de su notificación, la Corte Interamericana interpretará su decisión, pero sin que esta solicitud suspenda los efectos de la sentencia (artículos 66 y 67 de la Convención, y 48 del Reglamento).

83. *Cumplimiento de la resolución*. No existe un procedimiento de ejecución forzosa, por lo que un sector de la doctrina considera que la sentencia de la Corte Interamericana es obligatoria pero no ejecutiva, en virtud de que, en los términos del artículo 68 de la Convención, los Estados partes de la misma que hubiesen reconocido la competencia de la propia Corte se comprometen a cumplir con la decisión del tribunal en todo caso en que sean parte.³⁸

84. Existe, sin embargo, un medio de presión moral para lograr el cumplimiento del fallo, a través del informe anual que debe presentar la Corte Interamericana a la consideración de la Asamblea General de la OEA, en el que, de manera especial y con las recomendaciones pertinentes, señalará los casos en que un Estado no haya dado cumplimiento a su decisión (artículos 65 de la Convención, y 30 del Estatuto de la Corte). Al respecto, el destacado internacionalista profesor A. H. Robertson, por desgracia recientemente desaparecido, considera que si bien la presentación de un informe anual es un procedimiento poco usual para un órgano judicial, puede ser un medio eficaz para lograr el cumplimiento del fallo, puesto que la publicidad del incumplimiento es algo que la mayoría de los gobiernos prefieren evitar.³⁹

³⁸ Cfr. Dunshee de Abranches, C. A., "La Corte Interamericana...", cit., *supra* nota 31, p. 125.

³⁹ Cfr. Trejos, Gerardo, *op. cit.*, *supra* nota 13, pp. 139-140.

85. Por otra parte, si en la sentencia de la Corte se decide que hubo violación de un derecho o libertad protegido por la Convención de San José, dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados, y si ello fuere procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación violatorias. En este último supuesto, la indemnización compensatoria se podrá exigir en el país respectivo, a través del procedimiento interno vigente para la ejecución de las sentencias contra el Estado (artículos 63.1, y 68.2, de la Convención).⁴⁰

b) Tramitación de las opiniones consultivas

86. Como se ha señalado anteriormente (véase *supra* párrafo 65), tanto los Estados miembros de la OEA, como los órganos de la misma Organización, pueden solicitar de la Corte Interamericana la interpretación de los disposiciones de la Convención de San José, de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos, así como de las leyes internas en cuanto a su compatibilidad con los preceptos internacionales. El procedimiento se inicia con la presentación de la solicitud respectiva, cuyas copias se envían a cualesquiera Estados a los que pueda concernir el asunto, así como al Secretario General de la OEA, para su remisión a sus diversos órganos interesados. Al enviar dicho documento, el propio secretario de la Corte informará a dichos interesados y a la Comisión Interamericana, que la Corte recibirá sus observaciones escritas dentro del plazo fijado por el Presidente del tribunal (artículos 64 de la Convención, y 49 a 52 del Reglamento).

87. Una vez terminada la tramitación escrita, se inician audiencias con procedimiento oral, en el cual la Corte dispone sobre el orden de presentación y límite de tiempo de las propias audiencias. Una vez que la Corte ha completado sus deliberaciones y adoptado su opinión, ésta es leída en público, y los jueces pueden hacer constar sus opiniones individuales, sean concurrentes o de disidencia. Pueden aplicarse, cuando se estime conveniente, las disposiciones del Reglamento relativas al procedimiento contencioso (artículos 53 y 54 del citado Reglamento).⁴¹

⁴⁰ Cfr. Robertson, A. H., "Pactos y Protocolo...", cit., *supra* nota 12, p. 187.

⁴¹ En relación con las opiniones consultivas, cfr. los informes anuales de la Corte Interamericana correspondientes a los años de 1980, 1981, 1982, 1983 y 1984, documentos OEA/Ser.L/V/III.3, 5, 7, 9 y 10, doc, 13, Washington, 1980-1984.

88. La Corte Interamericana es muy reciente, pues se instaló en San José, Costa Rica, el 3 de septiembre de 1979, por lo que su actuación todavía no se ha consolidado, si se toma en consideración que además de algunas opiniones consultivas, sólo ha fallado un solo proceso, planteado por el gobierno de Costa Rica en el caso *Viviana Gallardo y otros*, para solicitar una decisión sobre si la muerte de un detenido por un guardia nacional y las heridas inferidas a otros, durante el periodo de prisión preventiva, debía considerarse como una violación a la Convención por parte de las autoridades de ese país.

89. Este asunto fue objeto de dos resoluciones de la Corte Interamericana: la primera, pronunciada el 13 de noviembre de 1981, declaró que el caso era inadmisibile por no haberse cumplido con los presupuestos procesales, remitiéndose el expediente a la Comisión Interamericana, pero quedando abierto el juicio para cuando se cumplieran dichos requisitos.⁴²

90. El segundo fallo de la propia Corte fue dictado el 8 de septiembre de 1983, y en el mismo se decidió suprimir de la lista de asuntos pendientes al proceso de referencia y se ordenó el archivo del expediente, en virtud de que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, a la cual se le había enviado el asunto conforme a la resolución anterior de la Corte, estimó que de acuerdo con los informes sobrevinientes recibidos por dicha Comisión, el gobierno de Costa Rica había actuado de conformidad con las disposiciones legales aplicables, sancionando con todo el rigor de la ley al responsable de los hechos denunciados, con lo cual era manifiesta la improcedencia de la petición formulada, al no subsistir los motivos que originaron su introducción.⁴³

⁴² Cfr. el texto del primer fallo, el cual se puede consultar en inglés en *International Legal Materials*, Washington, vol. XX, núm. 6, noviembre de 1981, pp. 1424-1435, y en castellano en el *Informe Anual de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, 1983, cit., nota anterior, pp. 11-13.

⁴³ La segunda resolución se puede consultar en el *Informe Anual de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, 1983, cit., nota 41, pp. 37-39.

VIII. RELACIONES ENTRE LOS ORGANISMOS TUTELARES

91. No existe consenso doctrinal sobre la situación de la Comisión Interamericana en sus intervenciones a la Corte, puesto que las mismas pueden configurar diversos aspectos, tomando en consideración que, de acuerdo con el artículo 57 de la Convención de San José, "La Comisión comparecerá en todos los casos ante la Corte", lo que significa que los supuestos de competencia del citado tribunal, ya sea jurisdiccional o consultiva, debe tomarse en cuenta a la propia Comisión.

92. A nuestro modo de ver, la Comisión Interamericana puede asumir varias posiciones en relación con la Corte. La primera de ellas y la más importante, en nuestra opinión, es la de *parte demandante*, cuando, al no lograr una solución amistosa, ni tampoco el cumplimiento de las recomendaciones que formula a determinado Estado miembro de la OEA, en virtud de que éste no efectúa las actividades necesarias para reparar la violación denunciada, la Comisión opta por formular una instancia ante la Corte (la otra alternativa es publicar su decisión) (véase *supra* párrafo 47).

93. En el supuesto de que la Comisión decida promover una demanda ante la Corte Interamericana, debe nombrar delegados para que comparezcan en su nombre (artículos 66, inciso 1, letra c, del Reglamento de la Comisión, y 21 del Reglamento de la Corte). En esta situación, la Comisión, a través de sus delegados, actúa en función similar a la del Ministerio Público en el proceso penal, es decir, como parte acusadora en contra del Estado o Estados que hubiesen aceptado la competencia de la Corte y que se consideren, por la Comisión, como infractores de los derechos de los promoventes o denunciantes. Es muy clara al respecto la disposición del artículo 28 del Estatuto de la propia Corte Interamericana, de acuerdo con el cual, "*comparecerá y será tenida como parte ante la Corte, en todos los casos relativos a la función jurisdiccional de ésta*".⁴⁴

94. Pero también la Comisión puede figurar como parte demandada por un Estado que acepte la jurisdicción de la Corte Interamericana, cuando este último se encuentre en desacuerdo con las conclusiones de la propia Comisión que le afecten (artículo 25, inciso 1, del Reglamento de la Corte)

⁴⁴ Cfr. Trejos, Gerardo, *op. cit.*, *supra* nota 13, p. 135.

(véase *supra* párrafo 67).

95. Finalmente, la Comisión puede participar en las atribuciones consultivas de la Corte Interamericana, ya sea como peticionaria de una opinión del tribunal, o bien convocada por la Corte a fin de que proporcione sus puntos de vista sobre una consulta formulada por un Estado parte de la Convención, de la OEA, o por los organismos de esta última (véase *supra* párrafo 86).

96. Por otra parte, la Comisión, como órgano principal de la OEA y además de carácter autónomo, no está subordinada a la Corte Interamericana (véase *supra* párrafo 25); pero las decisiones de la propia Comisión, tanto en materia de presupuestos procesales, por ejemplo, en cuanto al agotamiento de los recursos internos por parte del peticionario o denunciante, o respecto de la decisión de fondo, pueden ser revisadas y, por tanto, modificadas o revocadas por la Corte Interamericana, cuyas decisiones son firmes, puesto que no pueden ser objeto de impugnación posterior (véase *supra* párrafo 82).

IX. EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DEL ACUERDO DE CARTAGENA

97. Expresamos con anterioridad que si bien dicho organismo jurisdiccional no tiene por objeto directo la protección de los derechos humanos en el sistema interamericano y que además posee un carácter subregional, sin embargo, en forma incidental puede decidir problemas que afecten los derechos de los habitantes de los países andinos que forman parte del citado Acuerdo de Cartagena (véase *supra* párrafo 8).

98. Brevemente podemos describir la organización y atribuciones del citado tribunal, especialmente sus facultades sobre conocimiento y decisión de instancias individuales.

99. El citado Tribunal está regulado por el Tratado de Creación del 28 de mayo de 1979, el Estatuto aprobado por resolución de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, suscrita en Quito el 19 de agosto de 1983 y, finalmente, el Reglamento Interno dictado por el mismo Tribunal en la referida ciudad de Quito, en la cual reside, el 9 de mayo de 1984.

A) Organización

100. El citado Tribunal está integrado por cinco magistrados nacionales de los países miembros del Pacto Andino o Acuerdo de Cartagena (Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú y Venezuela), los que deberán gozar de alta consideración moral y reunir las condiciones requeridas en su país para el ejercicio de las más altas funciones judiciales, o ser jurisconsultos de notoria competencia. Los citados magistrados gozan de plena independencia para el ejercicio de sus funciones, las que son permanentes, por lo que no pueden desempeñar otras actividades profesionales, remuneradas o no, excepto las de naturaleza docente, y deben abstenerse de cualquier actividad incompatible con el carácter de su cargo (artículo 7 del Tratado).

101. Los magistrados son designados para un periodo de seis años, o se renuevan parcialmente cada tres y pueden ser reelegidos por una sola vez. El nombramiento corresponde a los plenipotenciarios acreditados para tal efecto por los Estados miembros, convocados por el país sede. La elección debe hacerse por unanimidad, de ternas presentadas por los gobiernos respectivos, y cada uno de los referidos jueces tendrá un primer y un segundo suplentes que los reemplazarán, en su orden, en los casos de falta definitiva o temporal, así como de impedimento o recusación. Dichos suplentes deberán reunir iguales calidades que los principales, y son designados en la misma fecha y forma y por periodo igual que los titulares (artículos 8 a 10 del Tratado, y 3 y 8 del Estatuto).

102. El Tribunal está dirigido por un Presidente que dura un año en su cargo, por lo que dicha función será ejercida sucesivamente por cada uno de los magistrados, según el orden que acuerden entre los magistrados o por sorteo, y además, dicho organismo cuenta con un secretario designado por el Tribunal en sesión plenaria para un periodo de cinco años y no puede ser reelecto. El citado secretario debe ser nacional de alguno de los países miembros, gozar de alta consideración moral y ser jurisconsulto de notoria competencia (artículos 10 a 18 del Estatuto y 10 a 19 del Reglamento Interno).

B) *Atribuciones*

103. Según el artículo 2o. del Estatuto, el Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena es el órgano jurisdiccional instituido para asegurar el respeto al derecho en la aplicación del ordenamiento jurídico del citado Acuerdo. Para realizar estas funciones, se han establecido tres instancias: a) la *acción de nulidad* de las decisiones de la Comisión o de la Junta del Acuerdo, dictadas con violación de las normas que conforman el ordenamiento jurídico del propio Acuerdo, inclusive por *desviación de poder*; b) la *acción de incumplimiento* de las obligaciones emanadas de las normas que conforman el ordenamiento jurídico del propio Acuerdo; c) *interpretación prejudicial* de las referidas disposiciones (artículos 17 a 31 del Tratado, 35 a 64 del Estatuto, y 51 a 73 del Reglamento).

C) *Partes*

104. Tratándose de las acciones de nulidad o de incumplimiento, pueden ser partes tanto los países miembros como las personas individuales o colectivas afectadas con las decisiones de la Comisión o de la Junta del Acuerdo, tomando en consideración que la nulidad sólo puede promoverla el Estado que no hubiese aprobado la decisión impugnada con su voto afirmativo, y que respecto del incumplimiento, es preciso realizar un procedimiento previo ante la propia Junta, la que puede formular dictamen que obliga al Estado contra el cual se pronuncie, a corregir la situación. Si no lo hace, la propia Junta puede solicitar a pronunciamiento del Tribunal, y también puede acudir a dicho organismo judicial el Estado inconforme con el dictamen, así como la persona afectada directamente cuando la Junta no emitiera su opinión dentro de los tres meses siguientes a la fecha de la presentación de la solicitud (artículos 17 a 27 del Tratado, 35 a 60 del Estatuto, y 31 a 36 del Reglamento).

105. Cuando se trata de la *interpretación prejudicial*, los jueces nacionales pueden acudir al Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena si tienen duda en la aplicación de las normas comunitarias. Si el proceso nacional respectivo admite la interposición de recursos, el juez de la causa acudirá al Tribunal comunitario sin paralizar el procedimiento; pero si no proceden

dichos recursos internos, el propio juez nacional debe suspender el procedimiento, y en todo caso adoptar la interpretación del citado Tribunal, el que no podrá decidir sobre el contenido y alcances del derecho nacional ni calificar los hechos materia del proceso (artículos 28 a 31 del Tratado, 61 a 64 del Estatuto).

D) *Procedimientos*

106. La tramitación sigue un doble procedimiento: uno para los supuestos de las acciones de nulidad e incumplimiento, y el segundo en relación con el planteamiento de la interpretación prejudicial.

107. *a)* Cuando se plantea una demanda, ya sea por nulidad o por incumplimiento, la tramitación es de carácter contradictorio y sigue los lineamientos de un verdadero proceso, el cual está regido, de acuerdo con el artículo 34 del Estatuto, por los principios relativos a la efectividad de los derechos, la salvaguarda del espíritu de integración, el mantenimiento de igualdad de las partes y la garantía del debido proceso. Una vez presentada la demanda y la contestación, si se considera necesario, se abre un periodo de ofrecimiento y desahogo de pruebas, y a continuación se celebra una audiencia pública en la que las partes pueden intervenir, admitiéndose la réplica y la dúplica. Terminado el debate, las partes pueden presentar por escrito sus conclusiones, en la misma audiencia o dentro de los tres días siguientes (artículos 35 a 54 del Estatuto, y 31 a 73 del Reglamento).

108. *b)* En caso de que un juez nacional acuda al Tribunal comunitario para solicitar su interpretación sobre las disposiciones relacionadas con el Acuerdo de Cartagena, dicho Tribunal, dentro de los 30 días siguientes a la recepción de la solicitud, pronunciará su decisión, la que debe comunicar al juez o tribunal nacional mediante copia del fallo, sellado y certificado (artículos 61 a 64 del Estatuto).

E) *Sentencia*

109. El fallo del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, en los casos de procedimiento contradictorio, debe dictarse dentro del plazo de 15 días siguientes al del de la clausura de la audiencia pública, previa

convocatoria a las partes. Cuando en dicha decisión se declare total o parcialmente la nulidad, deberá señalarse sus efectos en el tiempo, y si establece el incumplimiento, es preciso indicar las medidas que el país miembro deberá adoptar para su ejecución.

110. La decisión del Tribunal puede enmendarse o ampliarse dentro de los cinco días siguientes al de su lectura, ya sea de oficio o a petición de parte, y en este segundo supuesto se pone en conocimiento de la contraparte. Dichos remedios proceden en caso de errores manifiestos de escritura, de cálculo o de inexactitudes evidentes; si se hubiese pronunciado sobre un asunto no planteado en la demanda o cuando no se hubiesen resuelto algunos de los puntos controvertidos. Cuando se trata de sentencias pronunciadas con motivo de una demanda de incumplimiento, se puede intentar su revisión, ante el mismo Tribunal comunitario por la parte afectada, dentro de los dos meses siguientes al día en que el recurrente tomó conocimiento del hecho en que la funda, y en todo caso, en el plazo de un año a partir de la fecha del fallo, todo esto cuando se descubran o sobrevengan nuevos hechos que no se tomaron en cuenta en el proceso original (artículos 60 a 68 del Estatuto, y 74 a 82 del Reglamento).

F) Procedimiento de ejecución

111. Las sentencias, tanto de nulidad como de incumplimiento, son obligatorias para las partes, y, como lo dispone el artículo 32 del Tratado, para su cumplimiento no requieren de homologación o exequátur en ninguno de los países miembros.

112. Cuando el fallo declare el incumplimiento de un Estado miembro y éste no adoptare las medidas necesarias sobre su ejecución de acuerdo con los lineamientos de la decisión, el Tribunal solicitará la opinión de la Junta del Acuerdo, la que, si lo estima conveniente, celebrará una audiencia. En el plazo de los 10 días siguientes al de recepción de la opinión de la Junta o de cinco posteriores al de la clausura de la audiencia, el Tribunal comunitario determina en sesión plenaria sobre los límites dentro de los cuales los países miembros pueden restringir o suspender, total o parcialmente, las ventajas del Acuerdo que benefician al país miembro remiso y que de-

berán guardar relación con la gravedad del incumplimiento. Esta decisión se comunica de inmediato, a través de la Junta, a los países miembros, y no requiere de expedición de instrumento por parte de la Comisión o de la Junta (artículos 70 y 71 del Estatuto).

X. PERSPECTIVAS PARA EL FUTURO

113. Señalamos con anterioridad la excelente y dinámica labor de la Comisión Interamericana para la promoción y la tutela de los derechos humanos consagrados por los instrumentos interamericanos, particularmente a partir de 1969, del Convenio de San José (véase *supra* párrafos 46 a 50); pero ahora intentaremos hacer breves reflexiones sobre las posibilidades de desarrollo de los instrumentos jurídicos de carácter adjetivo, a través de los cuales el sistema interamericano pretende la protección de los derechos humanos de los habitantes de nuestro continente.

114. Como lo sostuvimos en la introducción de este trabajo, es relativamente reciente el reconocimiento del acceso directo de las personas jurídicas individuales y de los grupos no gubernamentales a los organismos de carácter internacional, lo que ha dificultado el establecimiento y el desarrollo de los instrumentos jurídicos para la defensa de los derechos humanos, los que se han desarrollado de manera paulatina, primero ante la Organización de las Naciones Unidas, posteriormente a través de la creación de la Comisión y de la Corte Europeas de Derechos Humanos y, finalmente, en el ámbito americano por conducto, también, de una Comisión y de una Corte Interamericanas de Derechos Humanos.

115. La novedad del sistema interamericano le ha permitido aprovechar la experiencia de los otros instrumentos y ha logrado establecer algunos aspectos de mayor desarrollo, al menos por lo que se refiere a la Comisión Interamericana, la que durante los fructíferos 25 años de labor tutelar, y a pesar de su regulación primitiva bastante restringida, ha logrado una ampliación sustancial de sus atribuciones (véase *supra* párrafos 16 y 17), que en varios aspectos superan las otorgadas al Comité de Derechos Hu-

⁴⁵ Cfr. Robertson, A. H., "Pactos y Protocolos...", cit., *supra* nota 12, pp. 173-183.

manos de las Naciones Unidas y a la Comisión Europea, como lo señala con penetración el notable tratadista A. H. Robertson, en su documentado examen comparativo de estos tres organismos.⁴⁵

116. No sucede lo mismo en relación con la Corte Interamericana cuya instalación es muy reciente y son todavía minoría los gobiernos latinoamericanos que, además de haber suscrito la Convención de San José, se han sometido a la jurisdicción obligatoria de este tribunal, y por ello las actividades de este organismo se han desarrollado más en el campo consultivo, lo que resulta explicable por la reticencia de los Estados de nuestra región para someterse a la decisión de una jurisdicción internacional.

117. Sin embargo, el desarrollo de las facultades protectoras y no simplemente promotoras de la Comisión Interamericana, la que además de configurar el procedimiento previo para acudir a la Corte, puede promover las instancias judiciales, nos autorizan a abrigar un optimismo razonable sobre la superación de los obstáculos actuales, que anteriormente también limitaron la labor de la Comisión, de manera que la propia Corte Interamericana puede recibir un reconocimiento mayoritario de nuestros países y realizar una función similar a la efectuada por la Corte Europea.

118. A lo anterior debemos agregar la creación todavía más próxima del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, que tiene carácter subregional y está orientada a tutelar las normas comunitarias de integración. Sin embargo, de acuerdo con el ejemplo del Tribunal de Luxemburgo, que posee atribuciones similares en el ámbito de las Comunidades Europeas, el Tribunal de Cartagena puede coadyuvar en la tutela de algunos derechos fundamentales de los habitantes de los países signatarios de dicho Acuerdo.

XI. CONCLUSIONES

119. De acuerdo con las breves reflexiones anteriores, podemos formular las siguientes conclusiones:

120. *Primera.* El sistema americano de protección de los derechos humanos es relativamente reciente, si se toma en consideración que también es actual el acceso de las personas privadas individuales y de los grupos no gubernamentales ante los organismos internacionales, en virtud de que, conforme al derecho internacional tradicional, sólo los Estados eran considerados sujetos jurídicos. No obstante lo anterior, podemos destacar

un antecedente, así fuera temporal y limitado, de ese acceso directo a través de la Corte de Justicia Centroamericana, creada en la Convención de Washington de 1907 y que funcionó en Costa Rica desde mayo de 1908 a enero de 1918.

121. *Segunda.* El primer organismo efectivo de protección de los derechos humanos es la Comisión Interamericana, creada en 1959 y que empezó a funcionar al año siguiente acorde con su primer Estatuto, según el cual tenía por objeto primordial la simple promoción de los citados derechos establecidos tanto en la Carta de la OEA como en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, expedida en Bogotá en mayo de 1948. No obstante lo restringido de sus atribuciones, dicha Comisión realizó una fructífera y notable actividad protectora de los propios derechos, incluyendo la admisión e investigación de reclamaciones individuales y de grupos no gubernamentales, inspecciones en los territorios de los Estados miembros y solicitud de informes, con lo que logró un paulatino reconocimiento.

122. *Tercera.* Además de las adiciones al Estatuto de 1960, que incorporaron nuevas atribuciones, así como la reforma a la Carta de la OEA por el Protocolo de Buenos Aires de 1967, que elevó a la Comisión a la jerarquía de órgano principal de la propia Organización, dicha Comisión fue reestructurada en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, suscrita en San José, Costa Rica, en noviembre de 1969 y en vigor en 1978, y se le confirieron facultades más amplias reguladas por el Estatuto de 1979 y su Reglamento de 1980. Pero no ha sido su evolución jurídica la que ha otorgado sustanciales atribuciones a la Comisión, pues las ha conquistado en la práctica por conducto de una difícil y meritoria labor de protección realizada de manera incansable durante estos 25 años.

123. *Cuarta.* Tomando en cuenta de cierta manera la experiencia de los instrumentos creados por las Comunidades Europeas, desde la reunión de Bogotá de 1948 se propuso el establecimiento de una Corte Interamericana de Derechos Humanos, como una culminación de la labor tutelar que habría de realizar la Comisión; pero su creación no fue de ninguna manera sencilla, y fue necesario esperar a la Convención de San José de 1969 para que surgiera dicho organismo jurisdiccional. En efecto, dicha Corte se instaló el 3 de septiembre de 1979, su Estatuto entró en vigor en enero de 1980 y su Reglamento fue expedido en agosto del propio año. Las facultades de la Corte son jurisdiccionales y consultivas. Las primeras

pueden plantearse por la Comisión Interamericana o por los Estados partes de la Convención de San José que hubiesen reconocido expresamente la competencia del citado tribunal. Las consultas pueden ser solicitadas por la propia Comisión Interamericana, los Estados miembros de la OEA y los organismos de esta última. Hasta el momento han predominado las funciones consultivas, pero la experiencia de la labor de la Comisión nos proporciona elementos para suponer fundadamente que la Corte podrá desarrollar en el futuro una labor protectora similar a la de la Corte Europea.

124. *Quinta*. Finalmente, también es preciso hacer mención del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, que si bien no tiene una función tutelar directa de los derechos humanos, la actividad del Tribunal de Luxemburgo, con funciones similares, viene a demostrar que también aquél puede realizar una labor protectora de los derechos humanos de los habitantes de los países andinos que forman parte de dicho Acuerdo. Además, debe tomarse en cuenta que este organismo judicial es muy reciente, pues inició sus funciones en enero de 1984.

REFLEXIONES SOBRE LA ORGANIZACIÓN Y EL FUNCIONAMIENTO DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS*

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *La tendencia hacia la creación de organismos internacionales para la tutela jurídica y procesal de los derechos humanos.* III. *La evolución de esta tendencia en los ordenamientos latinoamericanos.* IV. *La Comisión y la Corte Interamericanas de Derechos Humanos.* V. *La organización de la Corte Interamericana.* VI. *Competencia consultiva y jurisdiccional.* VII. *Legitimación procesal.* VIII. *Procedimiento.* IX. *Conclusiones.*

I. INTRODUCCIÓN

1. De acuerdo con las reglas tanto convencionales como las generalmente reconocidas del derecho internacional que podemos clasificar como clásico, sólo los Estados podían intervenir ante los organismos internacionales, pero negaban a los individuos o a los organismos no gubernamentales intervenir ante las instancias supranacionales, y si en algunos algunas personas individuales casos pudieron acudir ante ellas, lo hicieron como particulares, de acuerdo a la protección diplomática, pero no como verdaderos sujetos jurídicamente reconocidos.¹

2. Fue en época relativamente reciente cuando se inició una tendencia dirigida a la aceptación de personas individuales o de grupos no guber-

* Publicado en *Estudios en homenaje a Jorge Barrera Graf*, México, UNAM, 1989, tomo I, pp. 495-530.

¹ Cfr. Uribe Vargas, Diego, *Los derechos humanos y el sistema interamericano*, Madrid, Ediciones Cultura Hispánica, 1972, pp. 149-158.

namentales para acudir a los organismos internacionales, y fue precisamente en este continente donde se advierte el primer ensayo, inclusive de carácter jurisdiccional, para introducir el acceso de los particulares, de manera directa o indirecta, ante las instancias de carácter supranacional.²

3. En efecto, puede afirmarse que la Corte de Justicia Centroamericana (1907-1918) (véase *infra* párrafos 9 y 10) fue el primer organismo, si se exceptúa el Tribunal Internacional de Presas Marítimas creado por la Convención de La Haya de 1907, que aceptó las instancias directas de los particulares afectados por actos de autoridad de sus derechos humanos, pero este experimento duró pocos años y, además, careció de una verdadera eficacia práctica.³

4. Sin embargo, en esta segunda posguerra se advierte un movimiento, cada vez más acelerado pero todavía restringido, para modificar los criterios tradicionales, debido al principio de que los derechos humanos no constituyen sólo un problema estrictamente interno, sino que, por el contrario, rebasan el ámbito nacional, como lo demuestran los numerosos documentos aprobados por los organismos internacionales y la creación de instrumentos de protección de los propios derechos humanos que paulatinamente se han consolidado en los últimos años y que permiten el acceso, directo o indirecto, de los afectados.⁴

5. Dentro de esta evolución que pretende una tutela internacional o supranacional de los derechos humanos y el acceso de los particulares, ya sea de manera individual o por conducto de los organismos no gubernamentales, ante las instancias internacionales, podemos situar el sistema americano que tuvo su apoyo en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, expedida en condiciones dramáticas en la ciudad de Bogotá en mayo de 1948, y en cuya elaboración tuvieron una participación destacada los delegados mexicanos.⁵

² Cfr. Seara Vázquez, Modesto, "El individuo ante las jurisdicciones internacionales en la práctica actual", *Comunicaciones mexicanas al VI Congreso Internacional de Derecho Comparado*, México, UNAM, 1962, pp. 223-232.

³ Cfr. Seara Vázquez, Modesto, *op. ult. cit.*, pp. 228-232, considera que todavía es incipiente la tendencia hacia el reconocimiento de la instancia individual.

⁴ Cfr. Rodríguez y Rodríguez, Jesús, *El derecho de acceso del individuo a jurisdicciones internacionales* (tesis profesional), México, 1965, pp. 69-185.

⁵ Cfr. Fernández del Castillo, Germán, "La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre", *México en la IX Conferencia Internacional Americana*, México, Secretaría de Relaciones Exteriores, 1948, pp. 149-166.

6. La Carta de Bogotá estableció los principios esenciales que se desarrollaron de manera paulatina por medio de un conjunto de instrumentos jurídicos internacionales y, posteriormente, también de carácter procesal, los que culminaron con la expedición en noviembre de 1969, en la ciudad de San José, Costa Rica, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en vigor en julio de 1978.⁶

7. De acuerdo con esta tendencia, surgió primero la Comisión Interamericana, creada por una resolución de la Quinta Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores, reunida en Santiago de Chile, en 1959, y con posterioridad, es decir, hasta la expedición de la Convención Americana, se introdujo su complemento, es decir, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que entró en funciones hasta septiembre de 1979 (véase *infra* párrafo 36).

8. Por lo que se refiere a este organismo jurisdiccional, puede afirmarse que su único antecedente que podemos señalar, en el ámbito americano, radica en la creación de la Corte de Justicia Centroamericana, de acuerdo con la Convención de Washington del 20 de diciembre de 1907, suscrita por Costa Rica, Guatemala, Honduras, Nicaragua y El Salvador, la cual puede considerarse como un instrumento avanzado, al menos teóricamente, de acuerdo con la situación del derecho internacional en esa época, puesto que establece el acceso directo de los particulares afectados.⁷

9. Su competencia establecida por la mencionada Convención de Washington y regulada por el Reglamento de la Corte, del 2 de diciembre de 1911 y la Ordenanza de Procedimiento, del 6 de diciembre de 1912,

⁶ Cfr., entre otros, García Bauer, Carlos, "La observancia de los derechos humanos y la estructuración del sistema internacional de protección en el ámbito americano", y Volio, Fernando, "La Comisión Interamericana de Derechos Humanos", ambos en *La Convención Americana sobre Derechos Humanos*, Washington, Secretaría General de la OEA, 1980, pp. 13-31, y 80 y ss., respectivamente; Gros Espiell, Héctor, "Los derechos humanos y el sistema interamericano", en la obra *Symbolae García Arias*, núms. 33-36, de la revista *Temis*, 1973, pp. 193-210; Buergenthal, Thomas y otros, *La protección de los derechos humanos en las Américas*, trad. de Rodolfo Piza Escalante, San José, Costa Rica, Editorial Juricentro, 1984, pp. 119-164; Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *25 años luchando por los derechos humanos en América*, Washington, OEA, 1984; Vasak, Karel, *La Commission Interaméricaine des Droits de l'Homme*, París, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1968.

⁷ Cfr. Rodríguez y Rodríguez, Jesús, *El derecho de acceso del individuo*, cit., *supra* nota 4, pp. 119-123; Uribe Vargas, Diego, *Los derechos humanos y el sistema interamericano*, cit., *supra* nota 1, pp. 161-163.

era bastante amplia, pues además de las controversias entre los Estados centroamericanos signatarios, establecía el acceso directo de los particulares afectados por actos de otro Estado diverso al de su nacionalidad, aun cuando no fuesen respaldados por su gobierno, y sólo se exigía el agotamiento de los recursos internos del país considerado infractor, o bien demostrar denegación de justicia. La instancia era todavía más amplia cuando ya hubiese acuerdo entre el particular demandante y el Estado respectivo para someter el caso a la Corte, pues entonces debía admitirse la reclamación sin condición alguna.

10. No obstante los buenos propósitos con los cuales se estableció este organismo jurisdiccional, los resultados prácticos fueron decepcionantes, pues de cinco reclamaciones individuales que se presentaron, ninguna fue resuelta favorablemente, ya sea por motivos procesales o de fondo, aun cuando algunos de los jueces formularon votos particulares con un criterio menos rígido que el de la mayoría, lo que resulta explicable dado la época y la situación política de los países centroamericanos.⁸

II. LA TENDENCIA HACIA LA CEACIÓN DE ORGANISMOS INTERNACIONALES PARA LA TUTEA JURÍDICA Y PROCESAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

11. Aun cuando parezca contradictorio a primera vista, la protección jurídica y particularmente procesal de los derechos humanos (que incluye tanto la revisión judicial de la constitucionalidad de las disposiciones legislativas como la de los actos concretos de autoridad) puede rebasar el ámbito interno y proyectarse en la esfera internacional, tal situación se ha desarrollado, de manera vigorosa, en esta segunda posguerra, primeramente en los ordenamientos de Europa continental, debido a que en los mismos se advierte una tendencia creciente hacia el reconocimiento de la obligatoriedad inmediata del derecho internacional, así como el nacimiento de una nueva categoría de normas jurídicas surgidas de la integración económica y política, normas que configuran el sector del derecho supra-

⁸Cfr. Rodríguez y Rodríguez, Jesús, *op. ult. cit.*, pp. 120-123; Uribe Vargas, Diego, *op. ult. cit.*, pp. 162-163; Alcalá-Zamora y Castillo, Niceto, "La protección procesal internacional de los derechos humanos", *Veinte años de evolución de los derechos humanos*, México, UNAM, 1974, p. 284, nota 36.

nacional que puede calificarse de “comunitario”, el que se encuentra en situación intermedia entre el derecho interno y el internacional público de carácter tradicional.⁹ Este derecho comunitario se ha extendido en años recientes a dos países de la familia o tradición del *common law*, es decir, Inglaterra y la República de Irlanda, que ingresaron a las comunidades europeas, y ha tenido influencia, así sea muy limitada, en algunos países latinoamericanos de la zona andina (véase *infra* párrafos 28 a 31).

12. El tratadista italiano Mauro Cappelletti ha denominado a este sector como *jurisdicción constitucional transnacional*, nombre que, como el de “jurisdicción constitucional de la libertad” (este último para agrupar a las instituciones procesales que tutelan específicamente los derechos humanos),¹⁰ fue creado por el mismo comparatista y ha logrado aceptación en la doctrina más reciente. La primera denominación se refiere al conjunto de disposiciones normativas dirigidas a la solución de los conflictos, cada vez más frecuentes, en la aplicación de los preceptos internos de carácter constitucional y en la de los de naturaleza internacional y comunitaria, controversias que se someten a la decisión tanto de los tribunales nacionales como de los de naturaleza internacional, que se han establecido recientemente, debido a la tendencia a restringir el concepto clásico de la soberanía estatal, en beneficio de las disposiciones y principios del derecho supranacional.¹¹

13. En los citados ordenamientos continentales europeos, que comprenden también el británico y el irlandés (pertenecientes a los sistemas jurídicos angloamericanos y en cuanto que se han incorporado a la integración económica europea), existe el reconocimiento de la superioridad del derecho comunitario sobre el de carácter nacional, respecto a las materias de la citada integración, y para lograr el respeto a dicha superioridad,

⁹ Cfr., entre muchos otros, Dijk, P. van, Rodiere, René, y otros, *Diritto delle Comunità Europea e diritto degli Stati membri*, editado por G. Treves, Milán, Ferro Edizioni, 1969; Pescatore, Paolo, *The Law of Integration*, Leyden, Sijthoff, 1974; Cappelletti, Mauro y Cohen, William, *Comparative Constitutional Law. Cases and Materials*, Indianápolis-Nueva York, Bobbs Merrill, 1979, pp. 113-145.

¹⁰ *La jurisdicción constitucional de la libertad*, trad. de Héctor Fix-Zamudio, México, UNAM, 1961; Cascajo, José Luis, “La jurisdicción constitucional de la libertad”, *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, 1975, pp. 149-198.

¹¹ Especialmente en su documentado estudio, “Il controllo giudiziario delle legge e la giurisdizione delle libertà a livello internazionale”, *Rivista di Diritto Processuale*, Padua, 1978, pp. 1-32.

se estableció la Corte de Justicia de las Comunidades, con residencia en Luxemburgo, que resuelve las controversias entre las normas internas y las comunitarias, y que, como ha señalado la doctrina, se plantean a través de una combinación del sistema difuso de revisión judicial que corresponde a los jueces nacionales y el de carácter concentrado ante la citada Corte de Luxemburgo, la que tiene la facultad de dictar la resolución definitiva.¹²

14. Este sistema de revisión judicial que podemos calificar de comunitario, no se ha desarrollado sin cuestionamientos y tropiezos, como lo demuestran algunas decisiones de los tribunales constitucionales nacionales, en especial de Italia y de la República Federal de Alemania.¹³ Por otra parte, aun cuando a primera vista las cuestiones que se discuten con motivo de la aplicación de las disposiciones comunitarias son predominantemente económicas, no por ello dejan de influir en las relativas a los derechos humanos de los habitantes de los países europeos miembros de las propias comunidades, y de aquí que se haya destacado el criterio establecido por el citado Tribunal de Luxemburgo, en el sentido de que el derecho comunitario no puede amenazar “los derechos fundamentales de la persona que se encuentran recogidos en los principios generales del mismo derecho comunitario”, lo que implica el establecimiento jurisprudencial de lineamientos tutelares de los derechos humanos en el ámbito de las propias comunidades europeas.¹⁴

15. Por otra parte, debemos señalar brevemente que son varias las Constituciones de los países de Europa continental expedidas en esta segunda posguerra, que han seguido el precedente establecido por el artículo 4 de la Constitución de la República Alemana de Weimar, del 11 de agosto de 1919, al reconocer expresamente la superioridad, así sea parcial, del derecho internacional sobre el interno, y no sólo el de carácter

¹² Cfr., entre otros, Dubois, Louis, “Le rôle de la Cour de Justice des Communautés Européennes. Object et portée de la protection”, *Cours Constitutionnelles Européennes et droits fondamentaux*, editado por Louis Favoreu, París, Economica-Presses Universitaires d’Aix-Marseille, 1982, pp. 429-451.

¹³ Cfr. Cappelletti, Mauro, “Nécessité et légitimité de la justice constitutionnelle”, obra citada en la nota anterior, pp. 483-486; *idem*, “Appunti per una fenomenologia della giustizia nel XX secolo”, *Studi in onore di Enrico Tullio Liebmann*, Milán, Giuffrè, 1979, tomo I, pp. 153-210.

¹⁴ Especialmente en *Stauder vs. Ciudad de Ulm*, resuelto por el Tribunal de Luxemburgo el 12 de noviembre de 1969, cfr. Dubois, Louis, “Le rôle de la Cour de Justice des Communautés Européennes...”, cit., *supra* nota 12, pp. 432-436.

convencional, sino también el consuetudinario, a través de la aplicabilidad inmediata de las normas de derecho internacional generalmente reconocidas, como lo demuestran los artículos 10, de la Constitución italiana de 1948; 25 de la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania de 1949, y 80., de la Carta portuguesa de 1976, reformada en 1982.¹⁵

16. Esta evolución se advierte con mayor rigor en el campo de la tutela de los derechos fundamentales de la persona humana, en virtud de que, por una parte, varios de los ordenamientos constitucionales europeos establecen que la interpretación de las normas constitucionales internas relativas a los derechos humanos debe hacerse de acuerdo con la Declaración Universal de Derechos Humanos, de 1948 y con los tratados y acuerdos internacionales sobre esta materia ratificados por los gobiernos respectivos, y entre estos preceptos destacan los artículos 16 de la Carta portuguesa de 1976-1982 y 10 de la Constitución española de 1978.¹⁶

17. Este desarrollo ha culminado con el establecimiento de organismos judiciales para resolver los conflictos entre los Estados o entre éstos y los particulares, sobre la violación de derechos y libertades fundamentales establecidos en el Convenio suscrito en Roma el 4 de noviembre de 1950 y sus protocolos adicionales. Dichos organismos son: la Comisión y la Corte Europea de Derechos Humanos, con sede en Estrasburgo, y que durante varios años han efectuado una fructífera labor al crear una jurisprudencia muy sólida dirigida a otorgar efectividad a los citados derechos reconocidos en la Convención de Roma, en el ámbito interno de los Estados miembros.¹⁷

¹⁵ Cfr. La Pergola, Antonio, *Constitución del Estado y normas internacionales*, trad. de José Luis Cascajo Castro y Jorge Rodríguez-Zapata Pérez, México, UNAM, 1985.

¹⁶ Cfr. Gomes Canotilho, J. S. y Moreira, Vital, *Constituição da República Portuguesa. Anotada*, Coimbra, Coimbra Editora, 1980, pp. 73-74; Falla, Fernando, "Artículo 10", *Comentarios a la Constitución*, Madrid, Civitas, 1980, pp. 139-144.

¹⁷ Cfr., entre otros, Dijk P. van y Hoof, G. van, *Theory and Practice of the European Convention of Human Rights*, Deventer, Holanda, Kluwer, 1976; Jacobs, Francis G., *The European Convention on Human Rights*, Oxford, Clarendon Press, 1975; Robertson, A. H., *Human Rights in Europe*, 2a. ed., Manchester, Manchester University Press, 1977; Castberg, Frede, *The European Convention on Human Rights*, Nueva York, Oceana, 1974; Vasak, Karel, *La Convention Européenne des Droits de l'Homme*, París, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1964.

III. LA EVOLUCIÓN DE ESTA TENDENCIA EN LOS ORDENAMIENTOS LATINOAMERICANOS

18. No pretendemos examinar, así fuera de manera superficial, esta materia en el ámbito europeo, sino que tenemos únicamente el propósito de destacar sus principales lineamientos, los que han tenido influencia en época reciente en las legislaciones latinoamericanas pero en combinación con la revisión judicial angloamericana, para configurar lo que podemos calificar como *jurisdicción constitucional transnacional latinoamericana*.¹⁸

19. Así, podemos señalar que, en una primera etapa, el problema de las relaciones entre los tratados internacionales y el ordenamiento constitucional interno se resolvió de acuerdo con las reglas de la revisión judicial de carácter nacional, en virtud de que varios ordenamientos latinoamericanos, en particular los de carácter federal, se inspiraron en el modelo estadounidense, en cuanto a que la Constitución de 1787 estableció en su artículo 6 que los tratados ratificados y aprobados por el Senado federal, se incorporaban al derecho interno y formaban parte de la Ley Suprema. A este respecto, la Suprema Corte Federal otorgó a los propios tratados internacionales el carácter de normas ordinarias federales y examinó en varios casos la conformidad de los preceptos locales en relación con las disposiciones internacionales y, por otro lado, desaplicó las normas transnacionales contrarias a la Constitución Federal.¹⁹

20. Éste ha sido el criterio que ha predominado en la jurisprudencia de los Tribunales federales en México y en Argentina, en virtud de que las cartas federales de ambos países han incorporado casi literalmente lo dispuesto por el citado artículo 6 de la Constitución de los Estados Unidos, en sus artículos 133 (que a su vez proviene del 126 de la Carta de 1857), y 31, respectivamente, ya que dicha jurisprudencia ha establecido que los tratados internacionales, debidamente ratificados y aprobados por el órgano legislativo, tienen el carácter de leyes federales ordinarias

¹⁸ Cfr. Carpizo, Jorge y Fix-Zamudio, Héctor, "La necesidad y la legitimidad de la revisión judicial en América Latina", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 52, enero-abril de 1985, pp. 31-64.

¹⁹ Cfr. Bowie, Robert R. y Friedrich, Carl L., *Estudios sobre el federalismo*, trad. de Susana Barrancos, Buenos Aires, Bibliográfica Argentina, 1958, pp. 357-360.

internas que prevalecen sobre las disposiciones de carácter local, pero no pueden contradecir las de la Constitución Federal.²⁰

21. En esta segunda posguerra, varias Constituciones latinoamericanas han consagrado, así sea de manera incipiente, normas que tienden a superar el concepto clásico de la soberanía nacional para aceptar tímidamente ciertos aspectos de la supremacía del derecho transnacional, e inclusive, las más avanzadas, establecen las bases para reconocer la intervención de organismos judiciales facultados para resolver conflictos entre los ámbitos nacionales y los de carácter supranacional. Esta evolución ha sido lenta, debido a que los países de nuestra región han asumido tradicional y justificadamente una actitud de desconfianza hacia la intervención de organismos internacionales, debido a la amarga experiencia de la presión de gobiernos extranjeros y de decisiones injustas a través de varios laudos internacionales.²¹

22. Esta evolución se advierte con mayor claridad en dos sectores: el de la tutela de los derechos humanos y el de la integración económica, esta última con modestos resultados en los países andinos. En el campo de la tutela de los derechos humanos, podemos destacar dos aspectos esenciales: en primer lugar, el establecimiento paulatino de disposiciones en las Cartas Constitucionales, de acuerdo con la evolución señalada en el párrafo anterior, que otorgan a los pactos internacionales sobre derechos humanos un valor superior al de las leyes ordinarias, cuyo aspecto más avanzado se descubre en la Constitución peruana de 1979, que confiere a dichos pactos, cuando han sido ratificados y aprobados por el gobierno peruano, la categoría de disposiciones de carácter constitucional (véase *infra* párrafo 24). En segundo término, el reconocimiento de los organismos internacionales y regionales de protección de derechos humanos, que sólo en la propia Constitución peruana se traduce en disposiciones expresas de carácter fundamental (véase *infra* párrafo 26).

²⁰ Cfr. Linares Quintana, Segundo V., *Tratado de derecho constitucional argentino y comparado*, 2a ed., Buenos Aires, Plus Ultra, 1978, tomo III, p. 548-562; Vanossi, Jorge Reinaldo, *Teoría constitucional*. II. *Supremacía y control de constitucionalidad*, Buenos Aires, Depalma, 1976, pp. 227-272; Tena Ramírez, Felipe, *Derecho constitucional mexicano*, 19a. ed., México, Porrúa, 1983, pp. 537-546; Capirzo, Jorge, "La interpretación del artículo 133 constitucional", *Estudios constitucionales*, 2a. ed., México, UNAM-Gran Enciclopedia Mexicana, 1983, pp. 13-14.

²¹ Cfr. Sepúlveda, César, *Derecho internacional*, 14a. ed., México, Porrúa, 1984, pp. 389-397; *idem*, *Las fuentes del derecho internacional americano*, México, Porrúa, 1975.

23. En relación con el primero de los sectores señalados en el párrafo anterior, entre las Constituciones latinoamericanas que han establecido preceptos que consagran la posibilidad de la jurisdicción internacional, podemos citar los artículos 3 de la Carta de Ecuador (1978) y 4 de la de Panamá (1972-1983), que reconocen y acatan las normas y principios del derecho internacional; 18 de la Constitución de Honduras (1982), y 144 de la de El Salvador (1983), los que disponen que, en caso de conflicto entre un tratado internacional y la ley ordinaria interna, prevalecerá el tratado (pero no respecto de la propia Constitución).

24. En esta misma dirección destaca lo dispuesto por el artículo 46 de la Constitución de Guatemala de 1985, que consagra como principio general, en materia de derechos humanos, que los tratados y convenciones aceptados y ratificados por ese país tienen preeminencia sobre el derecho interno. Todavía mayor fuerza se observa en el artículo 105 de la Carta peruana de 1979, pues en el mismo se establece que los preceptos contenidos en los tratados relativos a los derechos humanos tienen *jerarquía constitucional*, y no pueden ser modificados sino por el procedimiento que rige la reforma de la Constitución.

25. A su vez el artículo 5o., segundo párrafo, de la reciente Constitución brasileña, del 5 de octubre de 1988, dispone que los derechos y garantías consagrados en dicha Constitución no excluyen otros derivados del régimen y de los principios adoptados por ella, o de los tratados internacionales de los que sea parte Brasil.

26. El único precepto fundamental en nuestra región que reconoce de manera expresa el valor superior de la jurisdicción internacional, es el artículo 305 de la mencionada Constitución de Perú, de acuerdo con el cual:

Agotada la jurisdicción interna (es decir, en última instancia, la del Tribunal de Garantías Constitucionales), *quien se considere lesionado en los derechos que la Constitución reconoce, puede recurrir a los tribunales u órganos internacionales constituidos según tratados de los que forme parte el Perú.*

27. Este precepto está reglamentado por los artículos 39 a 41 de la Ley de Hábeas Corpus y Amparo, del 7 de diciembre de 1982, en los cuales se establece que, en cuanto a estos instrumentos, los organismos jurisdiccionales internacionales a los que puede recurrir el afectado en sus derechos constitucionales, después de agotar las defensas internas, son el

Comité de Derechos de las Naciones Unidas, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y aquellos otros que se constituyan en el futuro y sean aprobados por tratados que obliguen al Perú (por lo que comprende también a la Corte Interamericana, en virtud del reconocimiento expreso que se hizo de dicho tribunal en 1981). Además, se dispone que la resolución del organismo internacional respectivo no requiere para su validez y eficacia, de reconocimiento, revisión ni examen previo alguno.²²

28. Por lo que respecta a la integración económica en el ámbito latinoamericano, contrariamente a lo que ha ocurrido en Europa, los ensayos que se han efectuado para lograr el establecimiento de normas comunitarias sólo han tenido una realización muy restringida, ya que han fracasado los intentos de una integración latinoamericana; representada en sus orígenes por el Tratado General de 13 del diciembre de 1960, es decir, el relativo a la Asociación Latinoamericana de Libre Comercio (ALALC) que se apoyó, a su vez, en el Tratado de Montevideo, del 18 de febrero de 1960; fracaso que ha tenido su origen en la situación permanente de inestabilidad, tanto política como económica de nuestros países, que impidió el desarrollo de dicha integración.²³

29. Por el contrario, los propósitos de integración de varios países andinos han alcanzado un resultado razonable, aun cuando todavía modesto, a través del Pacto Andino, que se formalizó por el tratado multilateral suscrito en la ciudad de Cartagena, Colombia, el 26 de mayo de 1966, y por ello se le ha llamado también "Acuerdo de Cartagena", el que fue ratificado inicialmente por Bolivia, Colombia, Chile, Ecuador y Perú, y al cual se adhirió posteriormente Venezuela, pero se desincorporó Chile, de manera que está formado actualmente por cinco países.

30. La evolución de este proceso de integración desarrollado por dos organismos de gobierno, la Comisión y la Junta, condujo a la necesidad, siguiendo en cierto aspecto el modelo europeo, de establecer un organis-

²² Cfr. Borea Odría, Alberto, *El amparo y el hábeas corpus en el Perú de hoy*, Lima, Biblioteca Peruana de Derecho Constitucional, 1985, pp. 249-300; Zubia Reina, Fernando, *Acción de amparo*, Lima, Cultural Cuzco Editores, 1986, pp. 108-110.

²³ Cfr. Fix-Zamudio, Héctor y Cuadra, Héctor, "Problèmes actuels de l'harmonisation et de la unification des droits nationaux en Amérique Latine", *Nordisk Tidsskrift International Ret*, Copenhague, Sup. 1, 41, 1971, pp. 1-74; reproducido en castellano, "Problemas actuales de armonización y unificación de los derechos nacionales en Latinoamérica", *Anuario Jurídico*, México, 1974, pp. 93-158.

mo judicial para lograr la aplicación efectiva de las normas comunitarias de carácter andino. Éste es el *Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena* creado por el tratado suscrito por los cinco países integrantes del pacto, el 28 de mayo de 1979. El Estatuto de dicho Tribunal fue aprobado en la ciudad de Quito, en la cual reside, el 19 de agosto de 1983, y su Reglamento interno fue expedido el 9 de mayo de 1984.

31. Si bien la actividad del citado Tribunal ha sido muy limitada hasta la fecha y sus atribuciones bastante restringidas, como lo hace notar el tratadista colombiano Luis Carlos SÁCHICA, quien fuera el primer Presidente del propio Tribunal del Acuerdo de Cartagena, esta situación puede modificarse con la evolución favorable del procedimiento de integración económica, pues el organismo judicial andino se encuentra todavía muy lejano de la importante función de su modelo, constituido por el Tribunal de Luxemburgo (véase *supra* párrafos 13 y 14). Sin embargo, las disposiciones constitucionales de los ordenamientos de los países miembros, al reconocer las limitaciones a la idea clásica de la soberanía que ha predominado en América Latina, en beneficio de la integración, propician la evolución de la revisión judicial comunitaria.²⁴ Por tanto, todavía se encuentra bastante incierta y distante la función indirecta de dicho Tribunal como organismo protector de los derechos humanos de los habitantes de los países miembros del Acuerdo de Cartagena en contraste con la importante labor tutelar desarrollada por el Tribunal de Luxemburgo (véase *supra* párrafo 14).

IV. LA COMISIÓN Y LA CORTE INTERAMERICANAS DE DERECHOS HUMANOS

32. La Corte Interamericana de Derechos Humanos constituye la culminación del sistema americano de protección de los propios derechos, el cual se inspiró en los lineamientos fundamentales del modelo europeo, en cuanto a los órganos encargados de la tutela judicial de los propios derechos fundamentales, ya que se encomienda dicha tutela a la Comisión y a la propia Corte Interamericana, la primera como un órgano de

²⁴ *Introducción al derecho comunitario andino*, Quito, Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, 1985, pp. 119-184.

instrucción de las reclamaciones individuales, que no pueden plantearse directamente ante la Corte.²⁵

33. El sistema americano, en virtud de la diversa situación económica, política, social y cultural del continente, y particularmente de Latinoamérica, estableció modalidades peculiares de gran importancia, que se derivaron de la experiencia de la protección de los derechos humanos en nuestra región, especialmente a través de la valiosa experiencia de la Comisión, que fue creada y funcionó activamente dos décadas anteriores al establecimiento de la Corte y por ello con antelación a la aprobación y entrada en vigor de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.²⁶

34. Por razones de espacio no hacemos referencia a la organización y competencia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, y sólo nos referimos a la misma en cuanto a su intervención en el procedimiento previo y en su actuación ante la Corte, pero sí consideramos necesario destacar que la dinámica actuación de la citada Comisión, que se aproxima a los 30 años, ha sido muy fructífera, tanto en cuanto a la tramitación de las reclamaciones individuales, como en la investigación de las violaciones colectivas de los derechos humanos, que desafortunadamente han sido frecuentes durante este periodo, en particular por parte de los gobiernos militares que en una época, que afortunadamente se está superando, predominaron en América Latina.²⁷ Por otra parte, la Comisión fue extendiendo en la práctica sus funciones tutelares, que después fueron reconocidas en las modificaciones sucesivas a su primer Estatuto de 1960, y especialmente en el actual de octubre de 1979 y en su Reglamento que elaboró la propia Comisión en 1980, reformado en 1985.

²⁵ Cfr. los trabajos y autores citados *supra* nota 17.

²⁶ La Comisión Interamericana de Derechos Humanos inició sus funciones en 1960. Su primer Estatuto fue aprobado el 25 de mayo de 1960, cfr. Vasak, Karel, *La Commission Interaméricaine des Droits de l'Homme*, cit., *supra* nota 6, pp. 32-36; Gros Espiell, Héctor, "Le Système Interaméricain comme régime regionale de protection internationale des droits de l'homme", *Recueil des Cours*, Leyden, A. W. Sijthoff, 1975, tomo II, pp. 23-24.

²⁷ Cfr. Volio, Fernando, "La Comisión Interamericana de Derechos Humanos", *La Convención Americana sobre Derechos Humanos*, Washington, D. C., Secretaría General de la OEA, 1980, pp. 80-81; Buergenthal, Thomas y otros, *La protección de los derechos humanos en las Américas*, cit., *supra* nota 6, pp. 165-227; Uribe Vargas, Diego, *Los derechos humanos y el sistema interamericano*, cit., *supra* nota 1, pp. 51-54; Trejos, Gerardo, "Órganos y procedimientos de protección de los derechos humanos en la Convención Americana", *La tutela de los derechos humanos*, San José, Costa Rica, Editorial Juricentro, 1977; pp. 61-81, Vasak, Karel, *La Commission Interaméricaine*, cit., *supra* nota 6, pp. 229-305.

35. Como lo sostiene acertadamente el conocido internacionalista mexicano, y por varios años miembro y Presidente de la citada Comisión Interamericana, profesor César Sepúlveda, la propia Comisión ganó sus espuelas poco a poco y merecidamente, obteniendo el respeto de los Estados de la organización regional misma, a pesar de los obstáculos naturales y de los elementos adversos que militaron en su contra. Con lo que se confirmó el fenómeno de lo que se califica “desarrollo funcional” de los organismos internacionales,²⁸ un ejemplo evidente de lo que el destacado jurista y juez de la Corte Interamericana, Pedro Nikken, califica como desarrollo progresivo de la protección de los derechos humanos.²⁹

36. La Corte Interamericana de Derechos Humanos fue creada en el capítulo VIII (artículos 52-69), de la Convención Americana sobre Derechos Humanos suscrita en la ciudad de San José, Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969, la que entró en vigor el 18 de julio de 1978, al ser ratificada por 11 Estados miembros de la Organización de los Estados Americanos, en los términos del artículo 74.2, de la propia Convención. El Estatuto de la Corte Interamericana fue adoptado por la Asamblea General de la OEA en su noveno periodo de sesiones celebrado en La Paz, Bolivia, en octubre de 1979, con vigencia a partir del 1 de enero de 1980. La propia Corte se instaló en la ciudad de San José, Costa Rica, el 3 de septiembre de 1979 y aprobó su Reglamento en su tercer periodo de sesiones, celebrado del 30 de julio al 9 de agosto de 1980.³⁰

²⁸ Cfr. Sepúlveda, César, “México. La Comisión Interamericana y la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, *La protección internacional de los derechos del hombre. Balance y perspectivas*, México, UNAM, 1983, pp. 199-203; *idem*, “The Inter-American Commission of Human Rights (1960-1981)”, *Israel Yearbook of Human Rights*, 1982, pp. 147-162.

²⁹ *La protección internacional de los derechos humanos. Su desarrollo progresivo*, Madrid, Civitas-Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1987, pp. 157-160.

³⁰ Cfr. Buergenthal, Thomas, “The Inter-American Court of Human Rights”, *The American Journal of International Law*, 72, 2, pp. 232-235; *idem*, “Implementation in the Inter-American Human Rights System”, *International Enforcement of Human Rights*, F. Bernhardt, J. A. Jolowicz, eds., Berlín-Heidelberg, Springer Verlag, 1987, p. 69; Dunshee de Abranches, C. A.; “The Inter-American Court of Human Rights”, *American University Law Review*, 1980, pp. 30, 79 y ss.; Kokott, Juliane, “Der interamekinasche Gerichtstof für Menschenrechte und seine bissherige Praxis”, *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, 1984, pp. 806-839; Zovatto, Daniel, “Antecedentes de la creación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *La*

V. LA ORGANIZACIÓN DE LA CORTE INTERAMERICANA

37. La Corte Interamericana se compone de siete jueces, nacionales de los Estados miembros de la OEA, elegidos a título personal entre juristas de la más alta autoridad moral, de reconocida competencia en materia de derechos humanos y que reúnan las condiciones requeridas para el ejercicio de las altas funciones judiciales, conforme a la ley del país del cual sean nacionales o del Estado que los postule como candidatos. No puede haber más de un miembro de la misma nacionalidad (artículos 52 de la Convención y 4 del Estatuto).³¹

38. Los jueces son designados en votación secreta por mayoría absoluta de votos de los Estados partes de la Convención en Asamblea General de la OEA, de una lista propuesta por esos mismos Estados, los que pueden presentar hasta tres candidatos, que sean nacionales del Estado que los propone, o de cualquier otro Estado miembro de la Organización. El cargo dura seis años y los jueces sólo pueden ser reelegidos una vez (artículos 54 de la Convención y 5 a 9 del Estatuto).

39. No obstante que esta materia ha sido objeto de discusiones doctrinales la Convención siguió el ejemplo de la Corte Internacional de Justicia, y estableció el sistema de jueces *ad hoc*, de acuerdo con el cual, el juez que sea nacional de alguno de los Estados partes en el caso sometido a la Corte, conserva su derecho a conocer del mismo. En caso de excusa, ese Estado u otro Estado parte en el asunto que no cuente con un juez nacional, puede designar una persona de su elección para que integre la Corte.³²

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Estudios y documentos, San José, Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1986, pp. 207-254; Ventura Robles, Manuel, "Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opiniones y resoluciones 1983, 1984, 1985", *Revista Judicial*, San José, Costa Rica, junio de 1988, pp. 117-132.

³¹ Los primeros jueces de la Corte Interamericana fueron electos en mayo de 1979: Thomas Buergenthal (Estados Unidos), Máximo Cisneros Sánchez (Perú), Huntley Eugene Munroe (Jamaica), César Ordóñez (Colombia), Rodolfo Piza Escalante (Costa Rica), Carlos Roberto Reina (Honduras) y Rafael Urquía (El Salvador). El último renunció poco tiempo después y fue sustituido por Pedro Nikken (Venezuela).

³² Esta situación se presentó en la práctica, ya que en los tres casos contenciosos tramitados ante la Corte Interamericana contra el Gobierno de Honduras, el juez Jorge R. Hernández Alcerro, de ese país, se excusó para conocer de estos asuntos, y con este motivo, el citado Gobierno designó como juez *ad hoc* en los propios asuntos, al abogado Rigoberto Espinal Irías, quien, a partir del 21 de agosto de 1986, integra la Corte en relación con estas controversias.

40. En el supuesto de que entre los jueces que conozcan una controversia, ninguno fuera de la nacionalidad de los Estados partes, cada uno de ellos podrá designar un juez *ad hoc*; pero si varios tuvieran un mismo interés en el caso, se considerarán como uno solo para el efecto de la consignación. Estos jueces especiales deben reunir las calidades señaladas para los titulares (artículos 55 de la Convención, 10 del Estatuto y 17 del Reglamento).³³

41. También se pueden designar *jueces interinos* por los Estados partes de la Convención, en una sesión del Consejo Permanente de la OEA, a solicitud del Presidente de la Corte, cuando sea necesario preservar el quórum (artículo 6, inciso 3, y 19, inciso 4, del Estatuto y 16 del Reglamento). El quórum para las deliberaciones de la Corte Interamericana es de cinco jueces (artículos 56 de la Convención y 23, inciso 1, del Estatuto). Las decisiones se toman por mayoría de los jueces presentes, con el voto de calidad para el Presidente (artículos 23, inciso 2, del Estatuto y 15, inciso 3, del Reglamento).³⁴

42. Los jueces de la Corte Interamericana eligen entre ellos al Presidente y al vicepresidente, por el plazo de dos años. El segundo sustituye al primero en sus ausencias temporales y ocupa su lugar en caso de vacancia. En último caso, la Corte designará un vicepresidente que reemplazará al anterior por el resto de su mandato, y el mismo procedimiento se sigue cuando el propio vicepresidente deje de formar parte de la Corte o renuncie antes de la expiración normal de sus funciones. El Presidente dirige el trabajo de la Corte, la representa, ordena el trámite de los asuntos que se sometan al tribunal y dirige sus sesiones (artículos 12 del Estatuto y 3 a 5 del Reglamento). Además, se estatuye una Comisión Permanente integrada por el Presidente, el vicepresidente y un juez nombrado por el primero. Dicha Comisión ayuda y asesora al Presidente en el ejercicio de sus funciones, sin perjuicio de que la Corte pueda designar otras comisiones para tratar temas especiales, las que en caso de urgencia podrán ser nombradas por el Presidente (artículo 61 del Reglamento).

43. También existe una Secretaría cuyo titular es designado por la Corte por un periodo de cinco años y podrá ser reelegido. El secretario deberá poseer los conocimientos jurídicos y la experiencia requeridos

³³ Cfr. Dunshee de Abranches, C. A., "La Corte Interamericana de Derechos Humanos", *La Convención Americana sobre Derechos Humanos*, cit., *supra* nota 27, p. 108.

³⁴ Cfr. Dunshee de Abranches, C. A., *op. cit.*, p. 111.

para ejercer las funciones del cargo y tener conocimiento de los idiomas de trabajo del Tribunal. Además, la propia Corte nombra un secretario adjunto a propuesta del titular, el que auxilia a este último en sus funciones y lo suple en sus ausencias temporales (artículos 14 del Estatuto y 72 a 102 del Reglamento).

44. La Corte celebra dos periodos ordinarios de sesiones al año, uno al comienzo de cada semestre, en las fechas en que el Tribunal decide en su sesión inmediatamente anterior, pero en casos muy importantes, el Presidente podrá cambiar esas fechas.

45. Las sesiones extraordinarias serán convocadas por el Presidente o a petición de la mayoría de los jueces. En los casos de extrema gravedad y urgencia, cuando se haga necesario evitar daños irreparables a las personas, las referidas sesiones extraordinarias pueden convocarse a solicitud de cualquiera de los jueces. Las audiencias serán públicas, a menos que la Corte en casos excepcionales decida lo contrario; pero las deliberaciones serán privadas y permanecerán en secreto, salvo que la propia Corte considere otra cosa. La sede permanente es la ciudad de San José, Costa Rica,³⁵ pero la Corte podrá celebrar reuniones en cualquier Estado miembro de la Organización cuando se considere conveniente por la mayoría de sus miembros y previa anuencia del gobierno respectivo.³⁶ Dicha sede puede ser cambiada por el voto de los dos tercios de los Estados partes en la Convención, emitidos en la Asamblea General de la OEA (artículos 58 de la Convención, 3 y 24 del Estatuto y 14 del Reglamento).

VI. COMPETENCIA CONSULTIVA Y JURISDICCIONAL

46. De acuerdo con lo dispuesto por los artículos 1 y 2 de su Estatuto, la Corte Interamericana posee dos atribuciones esenciales: la primera, de *naturaleza consultiva* sobre la interpretación de las disposiciones de la Convención Americana, así como la de otros tratados concernientes

³⁵ El 10 de septiembre de 1981 fue suscrito el Convenio de Sede entre el Gobierno de Costa Rica y la Corte Interamericana, *Manual de normas vigentes en materia de derechos humanos en el sistema interamericano*, Washington, D. C., Secretaría General de la Organización de Estados Americanos, 1985, pp. 177-185.

³⁶ Cfr. Ventura Robles, Manuel, "Costa Rica and the Inter-American Court of Human Rights", *Human Rights Journal*, 1983, pp. 273-281.

a la protección de los derechos humanos en los Estados Americanos; la segunda, de *carácter jurisdiccional* para resolver las controversias que se le planteen respecto a la interpretación o aplicación de la propia Convención Americana.

47. Al respecto, el primero de los preceptos mencionados establece que la propia Corte es una *institución judicial autónoma* (aun cuando coincidimos con el destacado internacionalista y juez de la Corte Interamericana, Héctor Gros Espiell, quien considera que debe calificársele de órgano y no de institución),³⁷ cuyo objeto es la aplicación e interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.³⁸

48. A) La *competencia consultiva* de la Corte Interamericana si bien puede calificarse como judicial en sentido amplio, no tiene carácter jurisdiccional como lo estima un sector de la doctrina,³⁹ en virtud de que no implica la resolución de una controversia por un órgano público imparcial,⁴⁰ sino exclusivamente la emisión de un dictamen u opinión sobre los preceptos cuya interpretación se solicita. Es en este sector en el cual la Convención Americana otorgó una gran amplitud a las funciones de la Corte, tomando en cuenta la situación especial del continente americano, especialmente Latinoamérica, en la cual, por una experiencia histórica dolorosa, existe

³⁷“El procedimiento contencioso ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *La Corte Interamericana de Derechos Humanos*, cit., *supra* nota 30; *idem*, “Contentious Proceedings before the Inter-American Court of Human Rights”, *Emory Journal of International Dispute Resolution*, vol. I, núm. 2, primavera de 1987, pp. 175-218, reproducido en su libro, *Estudios sobre derechos humanos II*, Madrid, Civitas-Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1988, pp. 145-188.

³⁸Cfr. Ventura Robles, Manuel, “El proyecto de Estatuto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 1979”, *La Corte Interamericana*, cit., *supra* nota 30, pp. 177-180; García Bauer, Carlos, *Los derechos humanos en América*, Guatemala, 1987, pp. 261-262; estima que la Corte no tiene carácter autónomo, en virtud de que su Estatuto fue aprobado por la Asamblea General de la OEA. Consideramos que la autonomía de la Corte no depende de sus facultades legislativas, aun cuando expide su Reglamento, sino que significa que no está subordinada jerárquicamente a ninguna autoridad de la OEA para dictar sus resoluciones.

³⁹Cfr. Gros Espiell, Héctor, “El procedimiento contencioso”, *idem*, “Contentious Proceedings”, ambos citados *supra* nota 37, pp. 70 y 180-181, respectivamente.

⁴⁰Sobre el concepto de jurisdicción, cfr. Alcalá-Zamora y Castillo, Niceto, “Notas relativas al concepto de jurisdicción”, *Estudios de teoría general e historia del proceso (1945-1972)*, México, UNAM, 1974, tomo I, pp. 29-60; Montero Aroca, Juan, “Del derecho procesal al derecho jurisdiccional”, *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, Montevideo, 1984, pp. 19-47; Rigano, Francesco, *Costituzione e potere giudiziario*, Padua, Cedam, 1982.

una desconfianza tradicional hacia el sometimiento de controversias a organismos internacionales.

49. En efecto, además de una gran flexibilidad en cuanto a la legitimación activa (que examinaremos más adelante, párrafos 62 a 64), la facultad consultiva de la Corte Interamericana se extiende, no sólo a la interpretación de la Convención Americana, sino también respecto de otros tratados en los cuales se tutelen derechos humanos y tengan aplicación en el continente americano, lo que excede notoriamente la competencia consultiva de otros órganos judiciales internacionales, como los de la Corte Internacional de Justicia, de la Corte Europea de Derechos Humanos y aun de la Corte de las Comunidades Europeas, que son mucho más restringidas.⁴¹

50. El concepto de "otros tratados" ha sido objeto de una interpretación extensiva por la misma Corte Interamericana de Derechos Humanos en la Opinión Consultiva Número 1, solicitada por el gobierno del Perú y resuelta el 24 de septiembre de 1982, en el sentido de que la citada competencia consultiva de la Corte puede ejercerse, en general, sobre toda disposición concerniente a la protección de los derechos humanos, de cualquier tratado internacional aplicable en los Estados americanos, con independencia de que sea bilateral o multilateral, de cuál sea su objeto principal, o de que sean o puedan ser partes del mismo, Estados ajenos al sistema interamericano.⁴²

51. Por otra parte, además de la interpretación de los tratados de derechos humanos mencionados (artículo 64.1 de la Convención Americana), los Estados miembros de la OEA pueden solicitar la opinión de la Corte

⁴¹ Cfr. Buergenthal, Thomas, "The Advisory Practice of the Inter-American Human Rights Court", *La Corte interamericana de Derechos Humanos*, cit., *supra* nota 30, pp. 24-36; Lockwood, B. B., "Advisory Opinions of the Inter-American Court of Human Rights", *Denver Journal of International Law and Policy*, otoño de 1984, invierno de 1985, pp. 245-267; Nieto Navia, Rafael, *Introducción al Sistema Interamericano de Protección a los Derechos Humanos*, Bogotá, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Pontificia Universidad Javeriana, 1988, pp. 111-122; Ventura Robles, Manuel, "Corte Interamericana de Derechos Humanos...", cit., *supra* nota 30, pp. 118-126.

⁴² Cfr. Cisneros Sánchez, Máximo, "Algunos aspectos de la jurisdicción consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", *La Corte Interamericana*, cit., *supra* nota 30, pp. 59-69.

acerca de la compatibilidad entre cualesquiera de sus leyes internas y los mencionados instrumentos internacionales.⁴³

52. B) La *función jurisdiccional* es más limitada en cuanto, de acuerdo al modelo europeo,⁴⁴ tiene carácter *potestativo* para los Estados partes, es decir, sólo puede realizarse cuando los propios Estados reconozcan de manera expresa como obligatoria la competencia de la Corte, ya sea en forma incondicional, bajo condición de reciprocidad, por un plazo determinado o para casos específicos. Además, como ya se ha señalado (véase *supra* párrafo 46), las controversias planteadas ante la Corte sólo pueden referirse a la interpretación y aplicación de las disposiciones de la Convención Americana (artículo 62 de la Convención).

VII. LEGITIMACIÓN PROCESAL

53. Ésta varía si se trata del procedimiento consultivo, o bien de la tramitación de los asuntos contenciosos. En el primer supuesto, es decir, en relación con la *competencia consultiva*, la legitimación activa es muy amplia, en cuanto pueden solicitar una opinión a la Corte, cualquier Estado miembro de la OEA, la Comisión Interamericana, así como otros órganos de la propia OEA, en lo *que les compete*.⁴⁵ A este último respecto, la Corte Interamericana, en la Opinión Consultiva Número 2, emitida el 24 de septiembre de 1982, expresó que los citados órganos de la OEA, para solicitar dictámenes, deben poseer un "legítimo interés institucional", que

⁴³ Cfr. Cisneros Sánchez, Máximo, *op. ult. cit.*, pp. 65-66; Buergenthal, Thomas; Norris, Robert y Shelton, Dinah, *Protecting Human Rights in the Americas, Selected Problems*, 2a. ed., Kehl, Engel Publishers, 1986, pp. 303-308; García Bauer, *Los derechos humanos en América*, cit., *supra* nota 38, pp. 248-294.

⁴⁴ Cfr. Eissen, Marc-André, *El Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, trad. Javier García de Enterría L. Velásquez, Madrid, Civitas, 1985, pp. 25-40.

⁴⁵ De acuerdo con el artículo 51 de la Carta de la OEA, dichos órganos son: la Asamblea General, las Reuniones Consultivas de los Ministros de Relaciones Exteriores, los Consejos Permanentes de la OEA, el Consejo para la Educación, la Ciencia y la Cultura, el Comité Jurídico Interamericano, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la Secretaría General, así como las Conferencias y las Organizaciones Especiales, cfr. Buergenthal, Thomas, "The Advisory Practice of the Inter-American Human Rights Court", cit., *supra* nota 41.

se deduce de los instrumentos y normas legales aplicables a la entidad respectiva.⁴⁶

54. Por lo que respecta a la legitimación procesal en la función *estrictamente jurisdiccional*, sólo pueden acudir a la Corte Interamericana para plantear una controversia relativa a la interpretación y aplicación de la Convención, en primer término la Comisión Interamericana, tratándose de reclamaciones individuales tramitadas ante ella, o bien un Estado parte de la Convención. Desde el punto de vista de la *legitimación pasiva*, puede ser parte demandada el Estado parte de la Convención al que se le atribuya la violación de los derechos humanos en la misma, siempre que hubiese reconocido expresamente la competencia de la Corte (véase *supra* párrafo 52) (artículo 62 de la Convención). También puede ser demandada la Comisión Interamericana cuando un Estado objete la decisión de la propia Comisión (artículo 25.1 del Reglamento de la Corte).⁴⁷

55. Hasta la fecha, 10 Estados partes han reconocido expresamente y de manera general la competencia de la Corte Interamericana, sometiéndose a su jurisdicción: Argentina (1984); Colombia (1985); Costa Rica (1980); Ecuador (1984); Guatemala (1987); Honduras (1981); Perú (1981); Surinam (1987); Uruguay (1985), y Venezuela (1981).

VIII. PROCEDIMIENTO

A) La tramitación de opiniones consultivas

56. Como lo hemos señalado anteriormente, la tramitación puede dividirse en dos categorías: consultiva y contenciosa. Examinaremos brevemente la primera.

57. Como se ha mencionado con anterioridad (véase *supra* párrafo 53), tanto los Estados miembros de la OEA, como los órganos de la misma Organización, en particular la Comisión Interamericana, están legitimados

⁴⁶ Cfr. Cisneros Sánchez, Máximo, "Algunos aspectos de la jurisdicción consultiva", cit., *supra* nota 42, pp. 60-61; Buergenthal, Thomas; Norris, Robert y Shelton, Dinah, *Protecting Human Rights in the Americas*, cit., *supra* nota 43, pp. 296-302.

⁴⁷ Cfr. Gros Espiell, Héctor, "El procedimiento contencioso ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos", cit., *supra* nota 37, pp. 70-71; Buergenthal, Thomas "The Inter-American Court of Human Rights", cit., *supra* nota 30, pp. 235-239.

para solicitar de la Corte Interamericana la interpretación de las disposiciones de la Convención de San José, de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos, así como de las leyes internas en cuanto a su compatibilidad con los preceptos internacionales. El procedimiento se inicia con la presentación de la solicitud respectiva, cuyas copias se envían a los Estados a los cuales pueda concernir el asunto, así como al secretario general de la OEA, para su remisión a sus diversos órganos interesados. Al enviar dicho documento, el secretario de la Corte informará a dichos interesados y a la Comisión Interamericana, que la Corte recibirá sus observaciones escritas dentro del plazo fijado por el Presidente del Tribunal (artículos 64 de la Convención y 49 a 52 del Reglamento).⁴⁸

58. Una institución significativa que se ha utilizado en las diversas consultas, se inspira en el procedimiento judicial angloamericano, se refiere a los documentos presentados, generalmente por organizaciones no gubernamentales que defienden los derechos humanos, en calidad de *Amicus Curiae*. Como lo ha señalado la doctrina, no existe en la Convención Americana ni en el Estatuto de la Corte ninguna disposición que se refiera expresamente a las opiniones presentadas como *Amicus Curiae*, pero su procedencia puede apoyarse en el artículo 34.1 del Reglamento, el cual dispone que la Corte podrá ya sea a petición de una parte, o de los delegados de la Comisión, o bien *de oficio*, oír en calidad de testigo o de perito, o *de cualquier otro título* a cualquier persona, cuyo testimonio o declaraciones se estimen útiles para el cumplimiento de su tarea.⁴⁹

59. Una vez terminada la tramitación escrita, la Corte puede fijar una o varias audiencias de carácter oral para escuchar las opiniones de los delegados del Estado u organismo que ha solicitado la opinión, así como las de aquellos otros gobiernos u organismos que tengan interés en expresar sus puntos de vista en dichas audiencias. Ha sido una práctica constante que la Comisión Interamericana envíe delegados a las audiencias, aun en los casos en los cuales no ha pedido el dictamen de la Corte.

⁴⁸ Algunos Estados partes, y casi siempre la Comisión Interamericana, formulan observaciones sobre las consultas solicitadas. Cfr. Buergenthal, Thomas, "The Advisory Practice of the Inter-American Human Rights Court", cit., *supra* nota 41, pp. 36-39.

⁴⁹ Cfr. Moyer, Charles, "The Role of *Amicus Curiae* in the Inter-American Court of Human Rights", *Corte Interamericana*, cit., *supra* nota 37, pp. 103-114.

60. Con las audiencias se termina el procedimiento y se inician las deliberaciones de los jueces para adoptar la opinión, a la cual se le da lectura en una audiencia pública. Los jueces pueden redactar opiniones individuales, ya sean concurrentes o de disidencia, las que también han sido frecuentes. Finalmente, debe destacarse que en relación con el citado procedimiento, pueden aplicarse, cuando se estime conveniente, las disposiciones del Reglamento relativas al procedimiento contencioso (artículos 53 y 54 del citado Reglamento).

61. Como resulta explicable debido a la reticencia para aceptar la competencia contenciosa de la Corte por los Estados partes, que lo han hecho de manera muy paulatina (véase *supra* párrafo 55), el procedimiento consultivo ha sido utilizado con mucha más frecuencia. En efecto, hasta la fecha se han emitido por la Corte Interamericana nueve opiniones consultivas, y dos se encuentran pendientes. Todas ellas han sido de gran utilidad para fijar una verdadera jurisprudencia sobre la interpretación de varios preceptos esenciales de la Convención Americana, que de otra manera no hubiera sido posible efectuar, en virtud de que los primeros casos contenciosos, en sentido estricto, fueron sometidos por la Comisión Interamericana a la Corte hasta abril de 1986.⁵⁰

62. Las dos primeras consultas fueron resueltas el 24 de septiembre de 1982. La primera, solicitada por el gobierno del Perú sobre "Otros Tratados", objeto de la función consultiva de la Corte (artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos) (véase *supra* párrafo 53), y la segunda, pedida por la Comisión Interamericana, se refirió al efecto de las reservas en la entrada en vigencia de la propia Convención (artículos 74 y 75). La tercera fue emitida el 8 de septiembre de 1983, a petición de la Comisión Interamericana, respecto a las restricciones a la pena de muerte (artículos 4.2 y 4.4 de la Convención). La número cuatro fue emitida el 10 de enero de 1984, a solicitud del gobierno de Costa Rica, en relación con la propuesta de modificación a la Constitución Política de ese país, sobre la naturalización, y es la única que ha versado sobre

⁵⁰ Cfr. Nieto Navia, Rafael, "La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", *Corte Interamericana*, cit., *supra* nota 37, pp. 115-153; *idem*, *Introducción al sistema interamericano*, cit., *supra* nota 41, pp. 109-171; Chueca Sancho, Ángel G., "La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", *Anuario de Derechos Humanos*, Madrid, 573, 1985, pp. 513-599.

la compatibilidad de preceptos del ordenamiento interno, inclusive en proyecto, con la Convención Americana (artículo 64.2).

63. La opinión número cinco fue dictada el 13 de noviembre de 1985, a petición del gobierno de Costa Rica, sobre la colegiación obligatoria de los periodistas en relación con la libertad de pensamiento y de expresión consagrada por el artículo 13 de la Convención. Esa opinión fue objeto de numerosos comentarios en la prensa de varios países por la trascendencia del dictamen. La siguiente, es decir, la número seis, fue pronunciada el 9 de mayo de 1986, a solicitud del gobierno de Uruguay, y versó sobre la expresión "leyes" en el artículo 30 de la Convención Americana, precepto que se refiere a las restricciones de los derechos humanos permitidas por la misma Convención (véase *infra* párrafo 65). La opinión número siete fue dictada el 29 de agosto de 1986, a petición del gobierno de Costa Rica, respecto a la exigibilidad del derecho de respuesta que tiene toda persona afectada con informaciones inexactas o agraviantes emitidas en su perjuicio a través de los medios de difusión (artículo 14 de la Convención).

64. Las últimas opiniones, es decir, las números ocho y nueve, se encuentran muy relacionadas entre sí. La ocho fue emitida el 30 de enero de 1987, a solicitud de la Comisión Interamericana y se refiere al hábeas corpus bajo la suspensión de garantías (artículos 27.2, 25.1 y 7.6 de la Convención Americana), en tanto que la nueve fue pronunciada el 6 de octubre del mismo año, a instancia del gobierno de Uruguay, sobre las garantías judiciales en situaciones de emergencia (artículos 27.2, 25 y 8 de la Convención Americana) (véase *infra* párrafo 66).

65. Todas estas opiniones consultivas han sido de gran importancia para establecer el alcance y contenido de varios preceptos de la Convención Americana, pero como sería imposible analizar, así sea brevemente, todas ellas, consideramos que asumen particular trascendencia las siguientes: la número seis, puesto que se refiere a la expresión leyes a los efectos de la restricción permitida de los derechos humanos consagrados por la Convención (artículo 30), ya que al respecto, la Corte Interamericana consideró que las leyes a que se refiere dicho precepto, significan normas jurídicas de carácter general, ceñidas al bien común, emanadas de los órganos legislativos constitucionalmente previstos y democráticamente elegidos, y elaboradas según el procedimiento establecido por las Constituciones de los Estados partes para la formación de las leyes.

66. También es conveniente señalar las opiniones de la Corte en las consultas octava y novena. En la octava se señaló que los procedimientos

jurídicos indicados en los artículos 25.1 (amparo) y 7.6 (hábeas corpus) de la Convención Americana, no pueden ser suspendidos con apoyo en el artículo 27.2 de la misma, porque constituyen garantías judiciales indispensables para proteger derechos y libertades que tampoco pueden suspenderse según la misma disposición. Y en la última de las opiniones formuladas por la Corte, ésta estableció que deben considerarse como garantías judiciales indispensables no susceptibles de suspensión, en los términos de los preceptos mencionados, el hábeas corpus, el amparo, o cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes destinados a garantizar el respeto a los derechos y libertades cuya suspensión no está autorizada por la misma Convención, y que también deben considerarse como no suspendibles los procedimientos judiciales inherentes a la forma democrática representativa de gobierno, previstos en el derecho interno de los Estados partes como idóneos para garantizar la plenitud del ejercicio de los propios derechos no suspendibles y cuya supresión o limitación comporte la indefensión de tales derechos.⁵¹

B) *El procedimiento de las controversias jurisdiccionales*

67. Este procedimiento se inspira esencialmente en el establecido para los asuntos contenciosos sometidos a la Corte Internacional de Justicia y a la Corte Europea de Derechos Humanos, en cuyos lineamientos procesales existe un paralelismo, que con algunos matices han sido recogidos por la Convención Americana y por el Reglamento de la Corte Interamericana.⁵²

68. La tramitación se inicia con la presentación de una instancia (que se califica de demanda), ya sea por la Comisión Interamericana o por el Estado parte, en este segundo supuesto, cuando se considera que otro Estado parte, que hubiese reconocido la competencia de la Corte, ha infringido los derechos humanos consagrados en la Convención Americana, o en

⁵¹ Cfr. Zovatto, Daniel G., "La interpretación del artículo 27 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en las opiniones consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, San José, Costa Rica, núm. 7, enero-junio de 1988, pp. 41-65.

⁵² Cfr. Gros Espiell, Héctor, "El procedimiento contencioso ante la Corte Interamericana"; *idem*, "Contentious Proceedings", ambos, cit., *supra* nota 37, pp. 73-74 y 182-184, respectivamente.

virtud de que exista inconformidad con la decisión de la propia Comisión (artículo 25 del Reglamento).⁵³

a) Excepciones preliminares

69. Una vez notificada la demanda y contestada por el Estado o la Comisión demandados, pueden presentarse las que el Reglamento de la Corte califica como “excepciones preliminares”, que comprenden las que en el proceso común se califican como dilatorias, y aquellas relacionadas con los presupuestos procesales (que deben ser resueltas de inmediato), y las que se refieren al objeto del proceso, que deben decidirse conjuntamente con la cuestión de fondo. Esas objeciones preliminares no suspenden el procedimiento y se analizan tomando en cuenta las exposiciones escritas y las pruebas de las partes (artículo 27 del Reglamento).

70. Los problemas relativos a las excepciones preliminares son muy complejos, pues dentro de ellas pueden quedar comprendidas cuestiones procesales de diversa naturaleza, como son las relativas a la competencia de la Corte, las condiciones de admisibilidad (por ejemplo, la conclusión del procedimiento contradictorio ante la Comisión Interamericana), los presupuestos procesales propiamente dichos, y algunas otras cuestiones que pueden estar relacionadas con el fondo. Entre estas últimas se encuentra el problema del *agotamiento* de los *recursos internos*, que es uno de los requisitos esenciales para la procedencia de las reclamaciones individuales ante la propia Comisión (artículos 46 de la Convención y 37 del Reglamento de la propia Comisión), y que con independencia de la apreciación de esta última, la Corte se encuentra en libertad de examinar.⁵⁴

71. La Corte Interamericana ha tenido ocasión de pronunciarse sobre esta etapa preliminar en los tres casos contenciosos que le fueron sometidos por la Comisión en contra del gobierno de Honduras, ya que este último interpuso varias excepciones preliminares relativas a defectos de

⁵³De acuerdo con lo establecido por el artículo 25.1 del Reglamento de la Corte Interamericana, la citada demanda, interpuesta por un Estado parte o por la Comisión Interamericana, deberá contener la indicación del objeto de la misma, los derechos humanos involucrados y, en su caso, las objeciones elevadas contra la opinión de la citada Comisión, así como el nombre y dirección de los agentes o delegados.

⁵⁴Cfr. Sobre este complicado problema, la obra clásica de Cançado Trindade, A. A., *The Application of the Rule of Exhaustion of Local Remedies in the International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 1983, pp. 1-42; *idem*, “O esgotamento dos recursos internos e a evolução de

tramitación ante la Comisión y a la falta de agotamiento de los recursos internos. Se consideró tan importante este planteamiento, que la Corte celebró audiencias públicas en cada uno de estos casos, para escuchar los puntos de vista de los delegados de la Comisión y del gobierno demandado. El 26 de junio de 1987, la Corte dictó resolución en cada uno de los tres asuntos, desestimando las excepciones preliminares interpuestas, con excepciones de las relativas al agotamiento de los recursos internos, que ordenó unir a la cuestión de fondo.

b) Fases escrita y oral del procedimiento contencioso

72. En el supuesto de que no se planteen cuestiones preliminares, o bien que las mismas sean desechadas, como en los procesos mencionados, se inician las dos etapas del procedimiento contradictorio, una escrita y otra de carácter oral, en la inteligencia de que el Presidente de la Corte, después de escuchar las opiniones de los representantes de las partes, señala los plazos en los cuales deben presentarse las instancias y otros documentos (artículos 28 y 29 del Reglamento).

73. La parte *escrita* del procedimiento comprende la presentación de una *memoria* y de una *contramemoria*; pero en circunstancias especiales, la Corte puede autorizar también la formulación de réplica y dúplica (artículo 30 del Reglamento).

74. La apertura del *procedimiento oral* se efectúa previa consulta con los representantes de las partes y delegados de la Comisión, procedimiento que se concentra en una o varias audiencias, en las cuales se desahogan las declaraciones de los peritos, de los testigos y de otras personas que la Corte decida oír. Todos pueden ser interrogados por los jueces y también por los representantes de las partes, con la moderación del Presidente del Tribunal (artículos 32 y 41 del Reglamento).

noção de 'vítima' no direito internacional dos direitos humanos", *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, San José, Costa Rica, núm. 3, enero-junio de 1986, pp. 5-78.

c) Terminación anticipada del proceso

75. Esto puede ocurrir en dos hipótesis: la primera cuando la parte actora notifica al secretario de la Corte su intención de desistir. Si las otras partes aceptan dicho desistimiento, la Corte puede ordenar el archivo del expediente, después de conocer los puntos de vista de la Comisión Interamericana. También puede ordenarse el archivo del asunto cuando en una causa presentada por la citada Comisión, ésta recibe comunicación de una solución amistosa, de una avenencia o de otro hecho apto para proporcionar una solución amistosa del litigio. No obstante lo anterior, la propia Corte está facultada para resolver que se prosiga en el examen del caso (artículo 42 del Reglamento).

d) Medidas precautorias o cautelares

76. En cualquier etapa del procedimiento, siempre que se trate de casos de extrema gravedad y urgencia y cuando se haga necesario evitar daños irreparables a las personas, la Corte podrá tomar las medidas provisionales que considere convenientes. Cuando se trate de asuntos que aún no están sometidos a su conocimiento, el Tribunal podrá actuar a solicitud de la Comisión Interamericana. Dichas medidas se pueden decretar en cualquier momento, de oficio, a petición de una de las partes o de la Comisión (artículos 63.2 de la Convención y 23 del Reglamento).⁵⁵

77. La Corte Interamericana, en la tramitación de los tres casos contenciosos antes mencionados, ha ejercitado sus atribuciones sobre medidas precautorias. En efecto, de oficio y al tener conocimiento del asesinato de una de las personas convocadas a declarar y posteriormente de otra que ya había rendido su testimonio, hechos ocurridos en la ciudad de Tegucigalpa, la Corte solicitó al gobierno de Honduras, por auto del 15 enero de 1988, que tomara las medidas necesarias para prevenir nuevos atentados contra los derechos fundamentales de quienes hubiesen comparecido o estuviesen llamados a serlo, y que realizara las investigaciones de los crímenes citados. A petición de la Comisión Interamericana, la propia Corte, después de celebrar una audiencia pública para escuchar

⁵⁵ Cfr. Buergenthal, Thomas, "The Inter-American Court of Human Rights", cit., *supra* nota 30, pp. 240-241; Gros Espiell, Héctor, "El procedimiento contencioso", cit., *supra* nota 37, pp. 83-84.

a las partes, dictó un nuevo proveído el 19 del citado mes de enero, para pedir al propio gobierno medidas precautorias adicionales para proteger la integridad física de los testigos y demás comparecientes, así como informes sobre las investigaciones analizadas en relación con los asesinatos mencionados. En todos los procedimientos citados, el gobierno manifestó su conformidad con las medidas acordadas.

e) La Comisión Interamericana como parte

78. No existe consenso doctrinal sobre la situación de la Comisión Interamericana en sus intervenciones ante la Corte, puesto que las mismas pueden configurar diversas posiciones, tomando en consideración que, de acuerdo con el artículo 57 de la Convención de San José, "La Comisión comparecerá en todos los casos ante la Corte", lo que significa que en los supuestos de competencia del citado Tribunal, ya sea jurisdiccional o consultivo, debe tomarse en cuenta a la propia Comisión.

79. A nuestro modo de ver, la Comisión Interamericana puede asumir tres posiciones en relación con el procedimiento contencioso ante la Corte. La primera de ellas y la más importante en nuestra opinión, es la de *parte demandante*, al no lograr en las reclamaciones individuales, una solución amistosa, ni tampoco el cumplimiento de las recomendaciones que formula a determinado Estado miembro de la OEA o parte de la Convención Americana, cuando éste no efectúa las actividades necesarias para reparar la violación denunciada, la Comisión opta por formular una instancia ante la Corte (la otra alternativa es publicar la decisión) (artículos 50 y 51 de la Convención, 47 a 50 del Reglamento de la Comisión).⁵⁶

80. En este supuesto, es decir como parte demandante, la Comisión actúa en una posición similar, pero no idéntica al Ministerio Público, como acusadora en contra del Estado o Estados demandados que hubiesen aceptado la competencia de la Corte y que se estiman, por la Comisión, como infractores de los derechos de los promoventes o denunciados. Decimos que como parte acusadora, la actividad de la Comisión no es totalmente equiparable a la del Ministerio Público, porque el procedimiento contencioso ante la Corte no asume carácter de proceso penal, en virtud de que no tiene por objeto determinar la imputación criminal, si existe,

⁵⁶ Cfr. Fix-Zamudio, Héctor, "El sistema americano de protección de los derechos humanos", *Cuadernos del Instituto de Investigaciones Jurídicas*, México, año I, núm. 1, enero-abril de 1986, pp. 71-72.

de las personas que realizaron los hechos que se consideraron violatorios, sino establecer la responsabilidad internacional del Estado en el cual se cometieron los actos que infringieron la Convención Americana.⁵⁷

81. También puede figurar la Comisión Interamericana como *parte demandada* por un Estado que se encuentre en desacuerdo con las conclusiones de la propia Comisión, que le afecten (artículo 25.1 del Reglamento de la Corte). Pero aun cuando la propia Comisión no actúe como demandante o como demandada, será tenida como parte en todo caso contencioso, de acuerdo con lo establecido en el artículo 28 del Reglamento de la Corte. En este supuesto, la doctrina considera que existe una tercera posición de parte.⁵⁸ Pensamos que no se trata propiamente de una parte que asuma una actitud contradictoria,⁵⁹ sino que al intervenir como un órgano de protección de los derechos humanos, adopta una posición también similar a la del Ministerio Público en los diversos tipos de proceso que no tengan carácter penal, en los que no tiene una función acusadora, sino de representante de intereses sociales, en relación con los cuales actúa más bien como asesor del tribunal y no como parte en sentido estricto.⁶⁰

f) Sentencia

82. Una vez que ha terminado la instrucción y celebradas la audiencias de fondo, la Corte delibera en privado para establecer una votación preliminar, de acuerdo con la cual designa uno o más ponentes entre los jueces de la mayoría o minoría respectivas, fijándose entonces la fecha de la discusión y votación definitiva, en la que se aprueba la redacción del fallo, que se comunica a las partes en una audiencia pública. El fallo será firmado por todos los jueces que participaron en la votación, quienes pueden formular votos de disidencia o concurrentes, pero es válida la

⁵⁷ Sobre las diferencias entre el proceso penal y el de la Corte Interamericana en los casos contenciosos, cfr. Piza Escalante, Rodolfo, "La jurisdicción contenciosa del Tribunal Interamericano de Derechos Humanos", *Corte Interamericana*, cit., *supra* nota 37, pp. 161-162.

⁵⁸ Cfr. Gros Espiell, Héctor, "El procedimiento contencioso", cit., *supra* nota 37, p. 79.

⁵⁹ Cfr. Alcalá-Zamora y Castillo, Niceto, "El antagonismo juzgador-partes: situaciones intermedias y dudosas", *Estudios de teoría general e historia del proceso*, cit., *supra* nota 40, tomo I, pp. 303-309.

⁶⁰ Cfr. Cappelletti, Mauro, "The Role of Ministere Public. The Prokuratura, and the Attorney General in Civil Litigation with a Glance at other Forms or Representation of Pu-blic and Group Interest in Civil Proceeding", *Public Interest parties and the Active Role of the Judge in Civil Litigation*, Milán-Dobbs Ferry, Nueva York, Giuffrè-Oceana, 1975, pp. 13-99.

resolución suscrita por la mayoría de los jueces (artículos 66 de la Convención y 46 del Reglamento).

83. El fallo es definitivo e inapelable. En el supuesto de desacuerdo sobre el sentido y alcance de la resolución, a solicitud de cualquiera de las partes, presentadas dentro de los 90 días a partir de la fecha de su notificación, la Corte Interamericana interpretará su decisión, pero sin que esa solicitud suspenda los afectados de la sentencia (artículos 66 y 67 de la Convención y 48 del Reglamento).

g) Cumplimiento del fallo

84. Cuando la sentencia determina la responsabilidad del Estado demandado, no puede ejecutarse de manera forzada como ocurre en el proceso interno, por lo que un sector de la doctrina considera que dicha sentencia de la Corte Interamericana es *obligatoria pero no ejecutiva*, en virtud de que, en los términos del artículo 68 de la Convención, los Estados partes de la misma que hubiesen reconocido la competencia de la propia Corte, se comprometen a cumplir con la decisión del Tribunal, en todo caso en que sean partes.⁶¹

85. Existe, sin embargo, un medio de presión moral para lograr el cumplimiento del fallo, a través del informe anual que debe presentar la Corte Interamericana a la consideración de la Asamblea General de la OEA, en el que, de manera especial y con las recomendaciones pertinentes, señalará los casos en que un Estado no haya dado cumplimiento a su decisión (artículos 65 de la Convención y 30 del Estatuto de la Corte). Al respecto, el destacado internacionalista profesor A. H. Robertson —por desgracia recientemente desaparecido— consideró que si bien la presentación de un informe anual es un procedimiento poco usual para un órgano judicial, puede ser un medio eficaz para lograr la ejecución del fallo, puesto que la publicidad del incumplimiento es algo que la mayoría de los gobiernos prefiere evitar.⁶²

⁶¹ Cfr. Dunshee de Abranches, C. A., "La Corte Interamericana", cit., *supra* nota 33, p. 125.

⁶² Pacto y protocolo opcional de las Naciones Unidas. Convención Americana y Convención Europea sobre Derechos Humanos. Estudio comparativo", *La protección internacional de los derechos humanos*, cit., *supra* nota 28, p. 187.

86. Por otra parte, si en la sentencia de la Corte se decide que hubo violación de un derecho o libertad protegidos por la Convención de San José, dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados, y si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación violatorias. En el último supuesto, la indemnización compensatoria se podrá exigir al país respectivo, por conducto del procedimiento interno vigente para la ejecución de las sentencias contra el Estado (artículos 63.1 y 68.2 de la Convención).⁶³

87. La Corte Interamericana pronunció sus dos primeros fallos en cuanto al fondo, el 29 de julio de 1988 y el 20 de enero de 1989. En efecto, en relación con los casos *Velásquez Rodríguez y Godínez Cruz*, la propia Corte dictó dos extensas y cuidadas sentencias, en las cuales resolvió desestimar la excepción preliminar de no agotamiento de los recursos internos, opuesta por el gobierno demandado. Además, la Corte declaró que Honduras violó en perjuicio de Ángel Manfredo Velásquez Rodríguez y de Saúl Godínez Cruz, respectivamente, los deberes de respeto y garantía de los derechos de libertad e integridad personales, y de garantía en cuanto al derecho a la vida; derechos consagrados por los artículos 7, 5 y 4 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 de la misma.

88. Como consecuencia de lo anterior, la Corte decidió que el Estado de Honduras está obligado a pagar una justa indemnización compensatoria a los familiares de las víctimas. En el primer caso, es decir, en el de Velásquez Rodríguez, la forma y cuantía deben ser fijadas por la propia Corte en el supuesto de que dicho Estado y la Comisión Interamericana no se pongan de acuerdo al respecto en un periodo de seis meses, contados a partir de la fecha de la mencionada sentencia. Si se llega a dicho acuerdo, el mismo será homologado por la Corte. En el caso Godínez Cruz, se adoptó una variante, en el sentido de que la Corte Interamericana decidirá directamente la forma y cuantía de la indemnización en ejecución del fallo. En ambos supuestos se dejaron abiertos, para esos efectos, los procedimientos respectivos.

⁶³ Cfr. Buerghenthal, Thomas, "The Inter-American Court of Human Rights", cit., *supra* nota 30, p. 241; Gros Espiell, Héctor, "El procedimiento contencioso", cit., *supra* nota 37, pp. 89-93.

IX. CONCLUSIONES

89. De acuerdo con las breves reflexiones anteriores, pueden sentarse las siguientes conclusiones:

90. *Primera.* El sistema americano de protección de los derechos humanos es relativamente reciente, si se toma en consideración que también es actual el acceso de las personas privadas individuales y de los grupos no gubernamentales ante los organismos internacionales, en virtud de que, de acuerdo con el derecho internacional tradicional, sólo los Estados eran considerados sujetos jurídicos. No obstante lo anterior, podemos destacar un antecedente, así fuera temporal y limitado, de este acceso directo a través de la Corte de Justicia Centroamericana, creada en la Convención de Washington de 1907, y que funcionó en Costa Rica desde mayo de 1908 hasta enero de 1918.

91. *Segunda.* Aun cuando con retraso respecto del desarrollo europeo en esta materia, se advierte también, en el continente americano y en Latinoamérica en particular, una tendencia reciente hacia el establecimiento de organismos internacionales de tutela de los derechos humanos, y que el destacado tratadista italiano Mauro Cappelletti ha calificado como *jurisdicción constitucional transnacional*, en cuanto al control judicial de la constitucionalidad de las disposiciones legislativas y de los actos concretos de autoridad, ha rebasado al derecho interno, particularmente en la esfera de los derechos humanos, y se ha proyectado en el ámbito internacional e inclusive comunitario. Una primera etapa se refiere a las relaciones entre los tratados internacionales y el ordenamiento constitucional interno, las que, de acuerdo con el ejemplo estadounidense, 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.

92. *Tercera.* Un segundo periodo, más reciente, implica una restricción a la soberanía estatal para reconocer una mayor jerarquía a las normas de carácter transnacional en relación con los conflictos de respeto a las disposiciones constitucionales internas. Aun cuando esta situación ha tenido un desarrollo muy lento debido a la desconfianza tradicional de Latinoamérica hacia los organismos internacionales, por un recuerdo amargo de intervenciones extranjeras y laudos injustos, se ha implantado, así sea de manera restringida, en dos sectores: en el campo de los derechos humanos

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

93. *Cuarta.* La evolución hacia la preeminencia de los tratados sobre derechos humanos, en el ámbito de los ordenamientos constitucionales latinoamericanos, ha culminado con el reconocimiento de los organismos de justicia internacional, tales como la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en particular, por conducto de la ratificación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, suscrita en San José, Costa Rica, en noviembre de 1969, y que han tomado como modelo, aun cuando con aspectos peculiares, a la Comisión y a la Corte Europea de Derechos Humanos. En cuanto a la integración económica, que en Europa, a través del Tribunal de Luxemburgo, ha conducido a una tutela judicial indirecta pero significativa de los derechos humanos, no ha tenido sino un éxito muy restringido en la esfera latinoamericana, pero al menos se ha iniciado en los países andinos, a través del Acuerdo de Cartagena, suscrito en esa ciudad el 26 de mayo de 1966, y del que actualmente forman parte Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú y Venezuela, los que han establecido, siguiendo el ejemplo del citado Tribunal de las Comunidades Europeas, el Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, que inició sus labores en la ciudad de Quito el 1 de enero de 1984, con competencia restringida respecto de su paradigma europeo, pero que significa un incipiente sistema de resolución de conflictos sobre la aplicación de las disposiciones comunitarias, en relación con las de carácter interno.

94. *Quinta.* La Corte Interamericana de Derechos Humanos constituye la culminación del sistema americano de protección de los propios derechos, el cual se inspiró en los lineamientos fundamentales del modelo europeo, como se señaló anteriormente, en cuanto a los órganos encargados de la tutela judicial de los propios derechos fundamentales, ya que se encomienda dicha tutela a la Comisión y a la propia Corte Interamericana, la primera como un órgano de instrucción de las reclamaciones individuales, que no pueden plantearse directamente ante la Corte. Sin embargo, el

sistema americano, en virtud de la diversa situación económica, política, social y cultural del continente, y particularmente de Latinoamérica, estableció modalidades peculiares de gran importancia, que se derivaron de la experiencia de la protección de los derechos humanos en nuestra región, en especial a través de la valiosa experiencia de la Comisión Interamericana que fue creada y funcionó activamente dos décadas anteriores al establecimiento de la Corte y, por ello, con antelación a la aprobación y entrada en vigor de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

95. *Sexta.* La Corte Interamericana de Derechos Humanos fue establecida en el capítulo VIII (artículos 52-69) de la Convención Americana, suscrita en la ciudad de San José, Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969, que entró en vigor el 18 de julio de 1978. El Estatuto de la Corte Interamericana fue adoptado por la Asamblea General de la OEA en octubre de 1979, con vigencia a partir del 1 de enero de 1980. La propia Corte se instaló en la mencionada ciudad de San José, el 3 de septiembre de 1979 y aprobó su Reglamento en agosto de 1980. Se integra con siete jueces, nacionales de los Estados miembros de la OEA, elegidos a título personal, y no puede haber más de uno de la misma nacionalidad. Se adoptó en la Convención Americana el sistema de la Corte Internacional de Justicia, sobre la designación de jueces *ad hoc*, por parte de los Estados partes, cuando no exista un miembro nacional o bien éste se hubiere excusado.

96. *Séptima.* De acuerdo con lo establecido por los artículos 1 y 2 de su Estatuto, la Corte Interamericana (como institución, en realidad, órgano judicial autónomo) posee dos atribuciones esenciales: la primera de *naturaleza consultiva*, sobre la interpretación de las disposiciones de la Convención Americana, así como la de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos; la segunda, de *carácter jurisdiccional*, tiene por objeto resolver las controversias que se le planteen respecto a la interpretación de la propia Convención Americana.

97. *Octava.* La *competencia consultiva* asume una gran flexibilidad tanto por lo que se refiere a la legitimación activa, ya que puede ser solicitada no sólo por los Estados miembros de la OEA, la Comisión Interamericana y cualquier otro organismo de la propia Organización de los Estados Americanos, dentro del ámbito de sus funciones, sino también respecto del contenido de las consultas, ya que éste se extiende no sólo a la interpretación de la Convención Americana o a la compatibilidad del derecho

interno de los países respectivos con la propia Convención, sino también a otros tratados en los cuales se tutelan derechos humanos y tienen aplicación en el continente americano, lo que supera notoriamente la competencia consultiva de otros órganos judiciales internacionales, como la de la Corte Internacional de Justicia, de la Corte Europea de Derechos Humanos y la de la Corte de las Comunidades Europeas, que en las tres es mucho más restringida.

98. *Novena.* Hasta la fecha, la Corte Interamericana se ha pronunciado sobre nueve consultas que le han formulado tanto varios Estados miembros de la OEA como la Comisión Interamericana, y ha establecido la interpretación de preceptos importantes de la Convención Americana, de manera que puede hablarse, en sentido amplio, de una jurisprudencia de la propia Corte, en aspectos esenciales como son los relativos a la pena de muerte; la libertad de expresión por medio de la prensa en relación con la colegiación obligatoria de los periodistas; sobre la exigibilidad del derecho de respuesta frente a informaciones agraviantes; el concepto estricto de la ley para los efectos de las limitaciones admitidas a los derechos consagrados por la Convención; así como en relación a la prohibición de suspender el hábeas corpus, el amparo y otros procedimientos similares, así como los principios básicos del debido proceso, durante las situaciones de emergencia. También debe destacarse la práctica de la Corte al admitir, además de las observaciones de los Estados interesados y de la Comisión Interamericana, la presentación de opiniones de personas particulares y de organismos no gubernamentales, en calidad de *Amicus Curiae*.

99. *Décima.* La *función jurisdiccional* de la Corte es más limitada que la consultiva, pues de acuerdo con el modelo europeo, tiene *carácter potestativo* para los Estados partes, es decir, sólo puede ejercitarse cuando los propios Estados reconozcan de manera expresa como obligatoria la competencia de la Corte, ya sea en forma incondicional o en condición de reciprocidad, por un plazo determinado o para casos específicos. Además, las controversias planteadas ante la propia Corte únicamente pueden referirse a la interpretación y aplicación de las disposiciones de la Convención Americana. Hasta la fecha 10 Estados partes han reconocido de manera expresa y general, la competencia de la Corte Interamericana, sometiéndose a su jurisdicción: Argentina (1984); Colombia (1985); Costa Rica (1980); Ecuador (1984); Guatemala (1987); Honduras (1981); Perú (1981); Suriname (1987); Uruguay (1985), y Venezuela (1981).

100. *Decimoprimeras*. El procedimiento contencioso se inspira esencialmente en el establecido para las controversias sometidas a la Corte Internacional de Justicia y a la Corte Europea de Derechos Humanos, en cuyos lineamientos procesales existe un paralelismo, que con algunos matices han sido recogidos por la Convención Americana y por el Reglamento de la Corte Interamericana. Dicho procedimiento se desarrolla en tres etapas: la primera se inicia con la presentación de la demanda por la Comisión Interamericana o por uno o varios Estados partes, que se notifica al Estado o Comisión (en el supuesto de inconformidad por su decisión) demandados, los que pueden plantear, en su contestación, la existencia de excepciones preliminares. La segunda etapa es escrita, y en ella se presentan la memoria, la contramemoria y, en casos excepcionales, réplica y dúplica. La última es oral, a través de una o varias audiencias, en las cuales se realiza el interrogatorio que efectúan los representantes y delegados de las partes, así como los propios jueces de la Corte; de los testigos, peritos y otras personas que la Corte considera conveniente oír, la que, además, puede solicitar elementos de convicción complementarios.

101. *Decimosegunda*. El fallo de la Corte Interamericana es definitivo e inapelable. Los jueces están facultados para formular opiniones disidentes o particulares. En el supuesto de desacuerdo sobre el sentido y alcance de la resolución, a solicitud de cualquiera de las partes, presentada dentro de los 90 días contados a partir de la fecha de su notificación, la Corte interpretará su decisión, pero sin que esa solicitud suspenda los efectos de la sentencia. Si dicho fallo determina la responsabilidad del Estado demandado, la resolución no puede ejecutarse de manera forzada, como ocurre en el proceso interno, por lo que un sector de la doctrina considera que dicha sentencia es *obligatoria pero no ejecutiva*.

102. *Decimotercera*. Si la sentencia de la Corte decide que hubo violación de un derecho o libertad protegidas por la Convención de San José, dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados, y si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación violatorias.

103. *Decimocuarta*. Hasta el momento, la Corte Interamericana ha conocido tres asuntos contenciosos que le fueron planteados por la Comisión Interamericana en 1986 contra el Estado de Honduras, por violación de varios preceptos de la Convención de San José, en cuanto a la desaparición forzada de varias personas. Con motivo de estos casos,

la Corte ha podido ejercitar sus facultades jurisdiccionales en las diversas etapas del procedimiento, y así ha desechado varias excepciones preliminares interpuestas por el Estado demandado y ordenado acumular al fondo de esas tres controversias la difícil cuestión de agotamiento de los recursos internos. También ha afectado la Corte, tanto de oficio como a petición de la Comisión Interamericana, sus atribuciones en materia de providencias precautorias o cautelares, al solicitar al Gobierno de Honduras las medidas necesarias para garantizar la seguridad de los testigos que declararon en el procedimiento ante la Corte en los tres asuntos mencionados y que habían sido amenazados, así como la investigación de los asesinatos de otro testigo que había comparecido, y de otra persona que había sido citada a declarar. Las medidas fueron aceptadas por el Estado demandado.

104. *Decimoquinta.* La Corte Interamericana pronunció sus primeros fallos en cuanto al fondo el 29 de enero de 1989 en dos de los procesos introducidos por la Comisión Interamericana. En relación con los casos *Velásquez Rodríguez y Godínez Cruz*, la propia Corte pronunció dos sentencias, en las cuales resolvió desestimar la excepción preliminar de no agotamiento de los recursos internos, opuesta por el gobierno demandado, y declaró que el Estado de Honduras violó, en perjuicio de Ángel Manfredo Velásquez Rodríguez y de Saúl Godínez Cruz, respectivamente, los deberes de respeto y garantía de los derechos a la libertad e integridad personales, y de garantía en cuanto al derecho a la vida, derechos consagrados por los artículos 7, 5 y 4 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 de la misma. Como consecuencia de lo anterior, la Corte decidió que el mismo Estado de Honduras está obligado a pagar una justa indemnización a los familiares de las víctimas.

REFLEXIONES COMPARATIVAS SOBRE EL OMBUDSMAN*

SUMARIO: I. *Necesidad del estudio comparativo sobre el Ombudsman como defensor del ciudadano.* II. *Orígenes suecos de la institución y su difusión en otros países escandinavos.* III. *El Comisionado Parlamentario en Nueva Zelanda, el Reino Unido y Australia.* IV. *El Ombudsman en Israel.* V. *Su introducción en varios ordenamientos de Europa continental.* VI. *La trascendencia del Ombudsman en Canadá y los Estados Unidos.* VII. *Proyectos de Introducción en otros países y en el ámbito supranacional o comunitario.* VIII. *La figura del Executive Ombudsman.* IX. *El Promotor de la Justicia de Portugal y el Defensor del Pueblo en la Constitución española de 1978.* X. *La posibilidad de la introducción del Ombudsman en el ámbito latinoamericano y específicamente en México.* XI. *Conclusiones.*

I. NECESIDAD DEL ESTUDIO COMPARATIVO SOBRE EL OMBUDSMAN COMO DEFENSOR DEL CIUDADANO

1. Hasta esta segunda posguerra, la institución del *Ombudsman* —palabra sueca que significa representante—¹ se mantuvo como una figura exótica y exclusivamente dentro del ámbito de los ordenamientos escandinavos, por lo que era prácticamente desconocida para los restantes países del mundo.

2. Pero al finalizar el holocausto de la Segunda Guerra Mundial e iniciarse una renovación importante de las instituciones jurídicas, especial-

* Publicado en *Memoria de El Colegio Nacional*, México, tomo IX, núm. 2, 1979, pp. 99-149.

¹ Cfr. Anderson, Stanley V., *Ombudsman Papers; American Experience and Proposals*, Berkeley, California, 1969, pp. 2-3.

mente aquellas que tienen por objeto esencial la tutela o protección de los derechos de la persona humana,² el *Ombudsman* se divulgó especialmente en varios países europeos, desarrollándose una evolución que podemos calificar sin exageración de “meteórica”, la que condujo al tratadista francés André Legrand a denominarla “institución universal”,³ afirmación que a primera vista nos puede parecer hiperbólica, pero que en el fondo no lo es, si se toma en consideración que con un ritmo creciente, en los últimos años, la propia institución se ha introducido con algunos matices y diversas denominaciones en ordenamientos cada vez más numerosos, primero de carácter parlamentario y, más recientemente, también en los presidencialistas, pero en todos los casos con características comunes, y además, tomando en consideración, que, en los países socialistas, funciones similares son realizadas por la Procuratura.⁴

3. Pero con todo lo anterior, hasta hace muy poco tiempo no se había despertado el interés de los juristas latinoamericanos, y por supuesto, de los mexicanos, por esta institución, aparentemente alejada de nuestras tradiciones y de nuestra peculiar evolución jurídica, lo que se comprueba si observamos el escaso número de estudios en idioma castellano o portugués sobre esta figura jurídica, que contrasta con la exuberante bibliografía relativa a otros instrumentos jurídicos tutelares de los derechos de la persona humana, como el amparo, la revisión judicial de la constitucionalidad de los actos de autoridad, el mandamiento de seguridad brasileño, o el *habeas corpus*.⁵

² Cfr. Fix-Zamudio, Héctor, “Introducción al estudio procesal comparativo de la protección interna de los derechos humanos”, en el volumen colectivo *Veinte años de evolución de los derechos humanos*, México, 1974, pp. 169-273; Cascajo Castro, José Luis, “El problema de la protección de los derechos humanos”, en el volumen colectivo *Los derechos humanos. Significación, estatuto jurídico y sistema*, Sevilla, 1979, pp. 261-299.

³ Cfr. Legrand, André, “Une institution universelle: l’Ombudsman?”, *Revue Internationale de Droit Comparé*, París, 1973, pp. 851-861.

⁴ El paralelismo en algunas de las funciones del *Ombudsman* y la Procuratura ha sido señalado por varios autores, entre los cuales podemos destacar a Puget, Henry, “Le contrôle de la administration, les systèmes classiques, l’Ombudsman et la Prokuratura”, *Revue Internationale de Droit Comparé*, París, 1965, pp. 5 y ss.; Hazard, John N., *Socialisme et humanisme*, París, 1965, pp. 23-24; y recientemente, Boim, Leon, “Ombudsmanship in the Soviet Union”, *The American Journal of Comparative Law*, verano de 1974, pp. 510-540.

⁵ Cfr. Fix-Zamudio, Héctor, “La protección procesal de las garantías individuales en América Latina”, *Revista de la Comisión Internacional de Juristas*, Ginebra, diciembre de 1968, pp. 69-111, y más recientemente, *idem*, “El juicio de amparo en Latinoamérica”, *Memoria de El Colegio Nacional*, 1977, México, 1978, pp. 101-138.

4. Sin embargo, en época muy próxima, el *Ombudsman* empezó a divulgarse, así sea con bastante parsimonia, en el ámbito de nuestra región, como lo demuestran algunos trabajos que comentaremos en el curso de este sencillo estudio comparativo, como el elaborado por el tratadista venezolano Humberto J. La Roche;⁶ la traducción al español del excelente libro editado por el estudioso canadiense Donald C. Rowat;⁷ el breve análisis efectuado por el autor de este trabajo, en un estudio sobre instituciones protectoras de los derechos humanos;⁸ en la inteligencia de que sólo dos muy recientes examinan la posibilidad de su introducción en Colombia, según el análisis del profesor Carlos Restrepo Piedrahita;⁹ y en nuestro país, de acuerdo al estudio del tratadista mexicano Juventino V. Castro;¹⁰ e inclusive en esta dirección puede mencionarse una tesis de licenciatura en derecho presentada hace algunos años, que contiene la comparación entre la institución de origen escandinavo y el juicio de amparo mexicano.¹¹

5. Si a lo anterior agregamos la circunstancia de que en algunos países latinoamericanos, como Venezuela, Costa Rica y México, se han introducido oficinas o procuradurías de la defensa del consumidor, que analizaremos más adelante (véase *infra* párrafos 153 a 156), las que guardan similitud, aun cuando limitada, con el *Ombudsman*, y que en Colombia, se hubiesen presentado varios proyectos legislativos para introducir la institución según el modelo escandinavo, estamos convencidos de que se aproxima, así sea en forma cautelosa, la extraordinaria expansión de los defensores de los maltrechos derechos e intereses legítimos de los

⁶ Cfr. La Roche, Humberto, "El *Ombudsman* en los países nórdicos y el caso de Venezuela", *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad del Zulia*, Maracaibo, núm. 19, 1967, pp. 9-60. También en Venezuela apareció el estudio del profesor chileno Soto-Kloss, Eduardo, "El *Ombudsman* nórdico-sajón: un control de confianza", *Archivo de Derecho Público y Ciencias de la Administración*, 1970-1971, vol. II, Caracas, 1972, pp. 355-375.

⁷ Cfr. Rowat, Donald C., *El Ombudsman. El defensor del ciudadano*, trad. de Eduardo L. Suárez, prólogo de Daniel Escalante, México, 1973.

⁸ Cfr. Fix-Zamudio, Héctor, "Introducción al estudio procesal comparativo...", cit., *supra* nota 2, pp. 263-273.

⁹ Cfr. Restrepo Piedrahita, Carlos, "La idea del *Ombudsman* en Colombia", en el volumen colectivo editado por Manuel Ramírez, *El control parlamentario del gobierno en las democracias pluralistas*, Barcelona, 1978, pp. 434-458.

¹⁰ Cfr. Castro, Juventino V., "El *Ombudsman* escandinavo y el sistema constitucional mexicano", en su obra *Ensayos constitucionales*, México, 1977, pp. 113-137.

¹¹ Vidal y Ortiz, Nuria, *El Ombudsman y el amparo mexicano* (tesis profesional mimeografiada), México, 1969.

administrados, en el ámbito latinoamericano.

6. Lo anterior nos convence de la necesidad de realizar un análisis comparativo, así sea incompleto y superficial, debido al gran número de ordenamientos legislativos que han consagrado al *Ombudsman* y a la bibliografía verdaderamente impresionante que existe sobre esta institución,¹² con objeto de poseer una idea aproximada de la estructura y funciones de los defensores de los ciudadanos, así como de los diversos matices que han venido asumiendo, con el propósito de reflexionar sobre las posibilidades, conveniencia o inconveniencia de su introducción en los ordenamientos de Latinoamérica y, por supuesto, en México.

7. Este propósito no obedece a la intención de adoptar, por imitación, instituciones extranjeras, sino al convencimiento de que la excepcional y acelerada difusión del *Ombudsman* en ordenamientos pertenecientes a distintas familias o sistemas jurídicos, tales como el angloamericano, el continental europeo, así como diversos sistemas de gobierno, nos indica que obedece a una necesidad ineludible de nuestra época, que también poseemos en nuestra región y tal vez en un grado mayor que en sistemas jurídicos más evolucionados, debido a un imponente y desorbitado crecimiento de las actividades administrativas y las mayores posibilidades de esa terrible enfermedad de nuestros tiempos: la arbitrariedad administrativa.¹³

8. En una aproximación superficial respecto a los motivos del éxito sorprendente del Comisionado Parlamentario en los ordenamientos constitucionales de nuestra época, podemos señalar que los instrumentos tradicionales de tutela de los administrados frente a una organización administrativa cada vez más absorbente y dinámica en el moderno Estado de Derecho social, benefactor, distribuidor, *manager*, etcétera, y con mayor vigor en los países en vías de desarrollo, como el nuestro,¹⁴ resultan ya

¹² La mayoría de los autores que abordan el tema del *Ombudsman* consignan una amplia bibliografía, pero puede mencionarse como la más exhaustiva la de Kenyon y Carleton, *The Ombudsman. A Bibliography*, Sacramento, California, 1976. Más recientes las comprendidas por Gil Robles y Gil Delgado, Álvaro, *El control parlamentario de la administración (El Ombudsman)*, Madrid, 1977, a través de un repertorio bibliográfico en las pp. 307-328, y Stacey, Frank, *Ombudsmen Compared*, Oxford, 1978, obra que contiene una bibliografía selecta en las pp. 240-246.

¹³ Cfr. González Pérez, Jesús, "La arbitrariedad administrativa", *Anuario Jurídico*, México, 1974, pp. 159-197.

¹⁴ Cfr., entre otros, García Pelayo, Manuel, "El Estado social y sus implicaciones", en su libro *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Madrid, 1977, pp. 13-82.

insuficientes para proteger los derechos e intereses legítimos de los gobernados, pues ni aquellos instrumentos más sencillos, como las reclamaciones ante los representantes populares,¹⁵ o los más técnicos configurados por los recursos administrativos,¹⁶ hasta llegar a los más sofisticados de la justicia administrativa, cuyo representante más conspicuo es el Consejo de Estado francés,¹⁷ no han logrado someter eficazmente y en forma estricta a esa administración tan poderosa a los lineamientos jurídicos, a tal extremo que el distinguido tratadista español Jesús González Pérez, al comentar esta situación desalentadora, ha llegado a afirmar que administración y justicia son términos que se excluyen: "son palabras que se repelen, no cabe la más leve conexión entre ellas".¹⁸

9. La experiencia del *Ombudsman*, especialmente en los países escandinavos, pero también en varios de los que lo acogieron posteriormente, ha sido muy positiva, como medio jurídico que puede prevenir conflictos entre las autoridades administrativas y los particulares afectados, así como para solucionarlos rápidamente sin necesidad de acudir a la vía judicial, y en tercer lugar, también ha demostrado su utilidad para señalar los defectos más frecuentes de la actividad administrativa y proponer los medios para corregirlos; todo lo cual no implica una sustitución de los instrumentos tradicionales, los que, por el contrario, se ven complementados y reforzados, en especial la justicia administrativa, como lo ha demostrado, contra todas las predicciones, el *Médiateur* francés en relación con el Consejo de Estado (véase *infra* párrafos 107 y 108).¹⁹

10. Sin hacer el intento de definir al *Ombudsman*, podemos señalar que, en términos muy generales, posee varios rasgos comunes dentro

¹⁵ Entre otros, Gellhorn, Walter, *When Americans Complain Governmental Grievance Procedures*, Cambridge, Massachusetts, 1966.

¹⁶ Cfr. González Pérez, Jesús, *Los recursos administrativos*, 2a. ed., Madrid, 1969, especialmente pp. 31-46. Un estudio panorámico del control sobre la administración, en la obra de Dromi, Roberto, *Prerrogativas y garantías administrativas*, Tucumán, 1979, tomo II, pp. 9-41.

¹⁷ La bibliografía sobre el Consejo de Estado francés, en su función tutelar de los derechos humanos, es muy extensa, por lo que nos limitamos a mencionar el fundamental trabajo de Batailler, Francine, *Le Conseil d'État, juge constitutionnel*, París, 1966, pp. 63-155, y la accesible descripción panorámica de Letourner, Maxime, "El Consejo de Estado francés", *Revista de la Comisión Internacional de Juristas*, Ginebra, diciembre de 1967, pp. 96 y ss.

¹⁸ Cfr. González Pérez, Jesús, *La justicia administrativa en España*, Madrid, 1974, p. 16.

¹⁹ Cfr., entre muchos otros, Brown, Neville L. y Lavirotte, Pierre, "The Mediator: A French Ombudsman", *The Law Quarterly Review*, Londres, abril de 1974, pp. 211-233.

de una gran variedad de matices que han venido asumiendo numerosas legislaciones, incluyendo la diversidad de denominaciones que se le han conferido; y entre estos lineamientos genéricos, se encuentra su vinculación en principio con el órgano legislativo, y recientemente, también puede serlo del ejecutivo, respecto de los cuales sin embargo conserva cierta autonomía; descubrimos claramente que la función esencial de la institución se concentra en la tutela de los derechos e intereses legítimos de los gobernados, incluyendo los de carácter constitucional, a través de la fiscalización de la actividad de las autoridades administrativas, con el propósito fundamental de prevenir la violación de los citados derechos e intereses, o de obtener la restitución de los mismos, cuando dicha violación se ha realizado, pero en todos los casos sin la facultad de imponer coactivamente sus determinaciones.

11. En su excelente prefacio a la segunda edición de la obra que sobre esta institución editó el profesor Donald C. Rowat, y que hemos mencionado anteriormente, dicho tratadista señala tres características que nos permiten configurar al *Ombudsman* desde un punto de vista genérico.²⁰

12. a) El *Ombudsman* es un funcionario autónomo, sin vinculación con los partidos políticos, pero que depende de una manera flexible, en la mayoría de los casos, del órgano legislativo —ya que recientemente en algunos ordenamientos se le puede situar también dentro del Ejecutivo—; que normalmente está regulado por los textos constitucionales, y que tiene como función la fiscalización de la administración.

13. b) Conoce de las quejas específicas del público, planteadas directa o indirectamente, contra la injusticia y la defectuosa actividad de las autoridades administrativas.

14. c) Posee la facultad de investigar, criticar y publicar, pero no la de revocar o anular los actos de las propias autoridades administrativas.²¹

²⁰ Cfr. Rowat, Donald C., *El Ombudsman*, cit., *supra*, nota 7, pp. 15-39.

²¹ *Op. ult. cit.*, p. 39.

II. ORÍGENES SUECOS DE LA INSTITUCIÓN Y SU DIFUSIÓN EN OTROS PAÍSES ESCANDINAVOS

15. A) Como es bien sabido, los orígenes tanto de la institución como de su denominación genérica provienen del derecho constitucional sueco, ya que se considera que surgió en la ley constitucional del 6 de junio de 1809, sobre la forma de gobierno (*Regerisform*), aun cuando se señalan antecedentes que se remontan al Canciller de la Justicia, creado por la Corona en el siglo XVIII como representante del rey para vigilar a los funcionarios administrativos.²²

16. En los primeros tiempos, el *Ombudsman* fue designado por el Parlamento (*Riksdag*), con objeto de fiscalizar las resoluciones de los tribunales, y de allí el nombre que todavía conserva de *Justitieombudsman* (JO), y paulatinamente fue extendiendo su vigilancia a la autoridades administrativas, y así permaneció hasta 1915, y fue cuando se estableció paralelamente un *Ombudsman* para asuntos militares o *Militieombudsman* (MO).²³

17. Una nueva etapa se puede señalar a partir de 1968, ya que la creciente importancia y actividades del *Ombudsman* para asuntos civiles-administrativos en relación con el encargo de cuestiones militares, en esta segunda posguerra, determinó la reorganización de la institución por la Ley del 29 de diciembre de 1967,²⁴ según la cual, se suprimió el Comisionado militar, materia que se incorporó a las demás cuestiones encomendadas a tres *Ombudsman* auxiliados por dos asistentes, todos los cuales debían distribuirse internamente los asuntos que corresponden a la institución.²⁵

18. De acuerdo con la citada Ley de diciembre de 1967, los tres *Ombudsman* son designados por 48 electores, nombrados por mitad por cada una de las Cámaras del Parlamento, entre los cuales deben figurar los

²² Cfr. Legrand, André, *L'Ombudsman scandinave; études comparées sur le contrôle de l'administration*, París, 1970, pp. 15-26; Bexelius, Alfred, "El Ombudsman de asuntos civiles", en la obra de Rowat, cit., *supra* nota 7, pp. 55-56.

²³ Cfr. Kenkow, Hugo, "El Ombudsman de asuntos militares", en la misma obra de Rowat, citada en la nota anterior, pp. 89-97.

²⁴ El texto castellano de dicha ley puede consultarse en la obra de Gil Robles y Gil Delgado, Álvaro, *El control parlamentario de la administración*, cit., *supra* nota 12, pp. 246-253.

²⁵ Cfr. Gil Robles y Gil Delgado, Álvaro, *El control parlamentario de la administración*, cit., en la nota anterior, pp. 36-41.

representantes de diversas tendencias políticas, y si bien los Comisionados 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 pero no instrucciones específicas sobre los diversos aspectos de su actividad fiscalizadora.

19. Los citados funcionarios duran en su cargo cuatro años, que es igual al periodo de los miembros del Parlamento, pero pueden ser reelectos, aun cuando en la práctica nunca lo han sido por más de dos ocasiones. Realizan una labor de vigilancia sobre todo tipo de autoridades administrativas y militares, con excepción de los ministros y del Consejo Real, pero incluyendo también a las judiciales; fiscalización que pueden efectuar de oficio o con motivo de las denuncias o quejas de los particulares afectados, 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 respectivos, pueden iniciar un procedimiento ante los tribunales ordinarios para la imposición de sanciones a los responsables.

20. En realidad, en muy raras ocasiones se han solicitado sanciones para los funcionarios que afecten indebidamente los derechos de los particulares, o invadan las atribuciones de otras autoridades, pues los citados Comisionados 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 y 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 los funcionarios que la reciben.²⁶

²⁶ Cfr., entre otros, The Swedish Institute, *The Swedish Ombudsman*, Estocolmo, diciembre de 1971; Legrand, André, *L'Ombudsman*, cit., *supra* nota 22, pp. 35-119; Bexelius, Alfred, "El *Ombudsman* de asuntos civiles" cit., *supra* nota 22, pp. 58-80; Lundvik, Ulf, "Comentarios sobre el *Ombudsman* de asuntos civiles" en la obra de Rowat, cit., *supra* nota 7, pp. 81-88; Gellhorn, Walter, "Sweden", en su libro *Ombudsman and Others, Citizen's Protector in Nine Countries*, Cambridge, Massachusetts, 1966, pp. 202-225.

21. Los distintos *Ombudsman* deben presentar al Parlamento un informe anual, que puede ser discutido para examinar tanto la conducta de los Comisionados respectivos como la de los funcionarios y autoridades mencionados en el citado informe.

22. Una última etapa en la evolución de los Comisionados Parlamentarios suecos se inició en la primavera de 1976, en cuanto entraron en vigor las reformas a la citada Ley de diciembre de 1967, de acuerdo con las recomendaciones presentadas en 1975 por una Comisión especial del Parlamento; modificaciones que se contraen a la reorganización de la estructura de la institución y sólo en forma secundaria respecto a sus atribuciones; suprimiéndose los asistentes, pero estableciendo cuatro *Ombudsman*, uno de los cuales actúa como Presidente con la función de coordinar las actividades de los otros tres y dirigir las labores administrativas de la institución.²⁷

23. Finalmente, debemos señalar que en Suecia existen dos funcionarios y un representante de las organizaciones de la prensa que reciben también el nombre de *Ombudsman*, por la similitud de sus facultades con las que poseen los auténticos Comisionados Parlamentarios, en la inteligencia de que los dos primeros quedan comprendidos dentro de la categoría de *Executive Ombudsman* que examinaremos con mayor detalle en el inciso VIII de este trabajo, y el tercero carece de calidad de funcionario público.

24. Nos referimos en primer lugar al llamado *Ombudsman* para la libertad económica o de comercio, quien inició sus actividades a partir de 1954, con el propósito de tutelar los lineamientos de la economía de empresa, vigilando las actividades monopolistas y las prácticas desleales; y en cuanto al *Ombudsman* de los consumidores, éste surgió en 1971, con objeto de tutelar a los débiles en el consumo. Ambos funcionarios son designados por el rey en Consejo de Ministros.²⁸

25. Finalmente, el llamado *Ombudsman* de la prensa es nombrado libremente por las organizaciones periodísticas a partir de 1959, pero en su actividad es libre e independiente de las mismas, por lo que carece de carácter oficial, y sus actividades están dirigidas a vigilar las reglas de moralidad profesional y la no intrusión en la vida privada de las personas

²⁷ Stacey, Frank, *Ombudsmen Compared*, cit., *supra* nota 12, pp. 2-17.

²⁸ Cfr. Stemberg, Hans, "L'Ombudsman suédois pour les consommateurs", *Revue Internationale de Droit Comparé*, París, julio-septiembre de 1974, pp. 577-581.

por parte de las publicaciones periódicas.²⁹

26. B) Al obtener su independencia de Rusia en 1919, la Constitución de Finlandia del 17 de julio de ese año, introdujo en su artículo 49 un *Ombudsman* conformado de acuerdo con el modelo sueco del *Justitieombudsman* (véase *supra* párrafos 16 a 18), cuyas actividades fueron reguladas por la ley reglamentaria del 10 de enero de 1920, con modificaciones posteriores.³⁰

27. 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 que el anterior, después de haber sido transformado por los zares en una Procuratura, de acuerdo con el modelo ruso de la época, en virtud de la actitud valiente del Canciller.

28. El propio Canciller (JK) es nombrado en la actualidad por el Presidente de la República durante 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, y a partir de la reforma legislativa de 1933, por tres años, y finalmente en 1957, la duración del cargo se elevó a cuatro años, que coincide con el periodo actual del órgano legislativo.

29. 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 del Canciller.

30. En la actualidad el *Ombudsman* realiza funciones de fiscalización de las autoridades administrativas y judiciales, incluyendo las pertenecientes a las fuerzas armadas, ya sea de oficio o a instancia de los gobernados, en forma similar al modelo sueco, pues también puede consignar ante los tribunales penales a los infractores, o bien, la solución más frecuente, formula advertencias y recomendaciones a las autoridades respectivas, enviando un informe anual al Parlamento.

²⁹ Cfr. Gil Robles y Gil Delgado, Álvaro, *El control parlamentario de la administración*, cit., *supra* nota 12, pp. 47-51.

³⁰ El texto castellano de la mencionada ley del 10 de enero de 1920 puede consultarse en el libro de Gil Robles y Gil Delgado, citado en la nota anterior, pp. 253-256. Entre los numerosos comentarios doctrinales pueden citarse los siguientes: del mismo tratadista español, pp. 53-59; Legrand, André, *L'Ombudsman*, cit., *supra* nota 22, pp. 155-200; Gellhorn, Walter, "Finland", en su obra cit., *supra* nota 26, pp. 48-90.

31. Por su parte, el Canciller de Justicia, sin abandonar su función de vigilancia de las autoridades administrativas, actúa esencialmente como consejero jurídico del gobierno.³¹

32. C) Con motivo de la reforma de 1953 a la Constitución de Dinamarca, se introdujo en su artículo 55 la figura del Comisionado Parlamentario, reglamentado en la ley del 11 de septiembre de 1954, reformada en 1959 y 1961, en la cual se estableció al *Ombudsman des Folketing*, siguiendo en grandes líneas al modelo sueco y al precedente finlandés.³²

33. De acuerdo con la citada ley de 1954 y las directivas expedidas por el mismo Parlamento (*Folketing*) el 9 de febrero de 1962, que sustituyeron a las formuladas el 22 de marzo de 1956,³³ el *Ombudsman* danés posee una competencia amplia de fiscalización de la legalidad de las actividades de las autoridades administrativas, incluyendo también a las militares, apartándose del modelo sueco, en cuanto a su 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 de los actos de los miembros del clero, de los organismos descentralizados, e inclusive, a partir de 1962, también de las autoridades de carácter local.

34. Por otra parte, advertimos como aspecto peculiar, que el citado *Ombudsman* no puede conocer de las resoluciones de los organismos jurisdiccionales, contrariamente a lo que ocurre en Suecia y Finlandia.

35. El Comisionado Parlamentario danés es designado cada cuatro años por el Parlamento, es decir por la duración del periodo legislativo, y

³¹ Cfr. Kastari Paavo, "El Canciller de Justicia y el *Ombudsman*", en el libro de Rowat, cit., *supra* nota 7, pp. 98-117.

³² Cfr. Pedersen, M. I., "El *Ombudsman* de Dinamarca", en la obra de Rowat, cit., en la nota anterior pp. 118-141; Hurwitz, Stephan, "Denmark's Ombudsman. The Parliamentary Commissioner for Civil and Military Government Administration", *Wisconsin Law Review*, marzo de 1961, pp. 169-199; Gellhorn, Walter, "Denmark", en su libro mencionado *supra* nota 26, pp. 5-47; Stacey, Frank, *Ombudsmen Compared*, cit., *supra* nota 12, pp. 18-31; Gil Robles y Gil Delgado, Álvaro, *El control parlamentario de la administración*, cit., *supra* nota 12, pp. 71-79, quien además consigna el texto español de la legislación respectiva, pp. 260-264.

³³ Cfr. Pedersen, M. I., *op. ult. cit.*, p. 123. La razón que se expone para excluir a los funcionarios judiciales de la fiscalización del *Ombudsman* danés, radica en que su intervención atentaría contra la independencia del Poder Judicial.

puede ser reelecto. Es independiente tanto del gobierno como del órgano legislativo, ya que éste no puede darle instrucciones de carácter particular, sino directivas generales, pero en cambio el citado funcionario debe enviar al Parlamento un informe anual de sus actividades.

36. En la misma forma que su arquetipo sueco, el Comisionado Parlamentario danés puede efectuar investigaciones y, en su caso, formular acusaciones ante los tribunales o ante el Parlamento en contra de 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 gobernados, con objeto de examinar la actuación de las autoridades administrativas y militares, inclusive en el supuesto de facultades discrecionales, formulando recomendaciones o amonestaciones, que en términos generales son aceptadas por los funcionarios respectivos.³⁴

37. D) En Noruega se establecieron dos Comisarios Parlamentarios con diversa competencia, primero para asuntos militares de acuerdo con la ley del 21 de abril de 1952, con modificaciones posteriores (*Ombudsman for Forsvaret*); 10 años más tarde uno para asuntos administrativos civiles (*Sivil Ombudsman for Forvaltningen*), de acuerdo con la Ley del 22 de junio de 1962, reformada el 22 de marzo de 1968, y su Reglamento del 8 de junio del mismo año de 1968.³⁵

38. Aun cuando ambos funcionarios se configuraron tomando como ejemplo las respectivas instituciones de Suecia y Dinamarca, podemos señalar algunos aspectos peculiares:

39. a) Además del informe anual que cada uno de ellos debe enviar al órgano legislativo para su discusión —el de asuntos militares también debe remitirse al ministro de la Defensa—, los casos especiales que les confiere el mismo Parlamento deben figurar en una comunicación específica.

³⁴ Cfr. Stacey, Frank, *Ombudsmen Compared*, cit., *supra* nota 12, pp. 27-31.

³⁵ Cfr. Os, Audvar, "El *Ombudsman* de asuntos civiles", en Rowat, cit., *supra* nota 7, pp. 142-169; Gellhorn, Walter, "Norway", en su libro cit., *supra* nota 26, pp. 154-193; Legrand, André, *L'Ombudsman*, cit., *supra* nota 22, pp. 247-262; Wold, Terje, "El Comisionado Parlamentario noruego para la administración civil", *Revista de la Comisión Internacional de Juristas*, Ginebra, invierno de 1969, primavera-verano, de 1970, pp. 27-34; Gil Robles y Gil Delgado, Álvaro, *El control parlamentario de la administración*, cit., *supra* nota 12, pp. 61-69; quien además incluye, como apéndice, el texto castellano de la legislación respectiva, pp. 256-260, Stacey, Frank, *Ombudsmen Compared*, cit., pp. 32-39.

40. b) 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 a su competencia para apreciar los actos discrecionales, en los que está limitada a las infracciones evidentes de la razonabilidad administrativa.

41. c) El *Ombudsman* que vigila la actividad de las fuerzas armadas es el presidente de un Comité Central de siete miembros, 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, a instancia de los miembros individuales de las fuerzas armadas, pero también a solicitud de los referidos comités representativos.³⁶

42. d) Existe, según el ejemplo del derecho sueco y a partir de 1973, un *Executive Ombudsman* para la protección del débil en el consumo, que recibe la denominación de *Torbrukombudsman* designado por el gobierno, y con funciones similares al modelo sueco (véase *supra* párrafo 24).³⁷

III. EL COMISIONADO PARLAMENTARIO EN NUEVA ZELANDA, EL REINO UNIDO Y AUSTRALIA

43. A) El primero de los países de la *Commonwealth* y, por tanto, perteneciente a la gran familia jurídica angloamericana o del *common law* que estableció un Comisionado Parlamentario, fue Nueva Zelanda, cuya institución ha tenido una influencia considerable en otros países de la Comunidad Británica.

³⁶ Cfr. Ruud, Arthur, "El *Ombudsman* militar y su junta", en el libro de Rowat, cit., en la nota anterior, pp. 160-169; Stacey, Frank, *op. ult. cit.*, pp. 40-50. Las instrucciones para el funcionamiento del *Ombudsman* para la Defensa fueron publicadas en italiano en la obra editada por la Cámara de Diputados del Parlamento italiano con el título de *Ricerca sul Commissario Parlamentare. Ordinamenti stranieri e progetti italiani*, Roma, s.f., pero al parecer 1971, pp. 78-79.

³⁷ Cfr. Gil Robles y Gil Delgado, Álvaro, *El control parlamentario de la administración*, cit., *supra* nota 12, p. 65.

44. En efecto, se introdujo la institución en el ordenamiento legislativo intitulado *The Parliamentary Commissioner Ombudsman Act*, expedido en 1962 y modificado por las leyes de 1968, 1969 y 1970,³⁸ para ser sustituida por la vigente denominada *Ombudsman Act* de 26 de junio de 1975, y que entró en vigor el 1 de abril de 1976.

45. En aplicación de la nueva ley de 1975, se ha establecido un sistema colegiado de *tres Ombudsman*, con determinado ámbito territorial (Wellington, Christ Church y Auckland), los cuales son designados por el gobernador general a propuesta del Parlamento por un periodo de cinco años, que excede al de la duración del órgano legislativo, y pueden ser reelectos.

46. Los Comisionados pueden designar a sus auxiliares, pero la autorización para nombrarlos y su remuneración corresponden al gobierno, en la inteligencia de que los primeros sólo pueden ser destituidos a través del procedimiento que se sigue para la remoción de los funcionarios judiciales, es decir, previo un juicio seguido ante el órgano legislativo.

47. Los mencionados Comisionados poseen la facultad de vigilar la conducta de todas las autoridades administrativas, con exclusión de los ministros de Estado, ya que los miembros del gabinete sólo son responsables políticamente ante el Parlamento; pero en realidad los *Ombudsman* también pueden examinar la actividad de los propios ministros de manera indirecta, es decir, a través de las recomendaciones que los funcionarios inferiores hacen al titular para que adopte una decisión. Por otra parte, en la ley de 1975 se amplió la competencia de los Comisionados para conocer también de las actividades de las autoridades administrativas de carácter local.

48. Queda fuera de la competencia de los *Ombudsman* el examen de algunos actos de la Corona y los relativos a las fuerzas armadas, contrariamente a lo que ocurre, con relación a este último aspecto, en el modelo

³⁸ Cfr. Gellhorn, Walter, "The Ombudsman in New Zealand", *California Law Review*, Berkeley, California, diciembre de 1965, pp. 155-211; *idem*, "New Zealand", en la obra cit., *supra* nota 26, pp. 91-153; Northey, J. F., "El Comisionado Parlamentario de Nueva Zelanda", en el libro de Rowat, cit., *supra* nota 7, pp. 180-199; Sawyer, George, "The Ombudsman in New Zealand", en su libro *Ombudsman*, Melbourne, 1968, pp. 25-34. Una traducción al italiano de la ley de 1962 y su reforma de 1968, aparece en el volumen *Ricerca sul Commissario Parlamentare*, cit., *supra* nota 36, pp. 83-98, pero el vigente ordenamiento de 1975 sólo puede consultarse en inglés, en la publicación oficial correspondiente.

escandinavo.

49. Sin embargo, se aproxima al arquetipo en cuanto a la forma en que puede ejercer la fiscalización de las autoridades administrativas, es decir, a través de inspecciones, que practica de oficio o a petición escrita de los gobernados, con el objetivo esencial de tutelar los derechos de los afectados, y si bien sus dictámenes no poseen efectos vinculatorios para las autoridades respectivas, pueden asumir la forma de recomendaciones que normalmente son aceptadas por las propias autoridades sujetas a fiscalización.³⁹

50. Los *Ombudsman* de Nueva Zelanda tienen la obligación de rendir un informe anual al Parlamento, pero también pueden elaborar informes parciales, que están facultados para publicar y divulgar por medio de los diversos medios de información.⁴⁰

51. Existen algunos lineamientos importantes en la ley de 1962, reiterados en la de 1975, que han influido decisivamente en otros países de la *Commonwealth*, en particular en varios ordenamientos de Canadá y de Australia,⁴¹ y entre ellos deben destacarse, en primer término, la enumeración de los motivos en los cuales pueden apoyarse los *Ombudsman* para fundar una recomendación o elaborar un informe respecto a la acción u omisión de las autoridades administrativas que están bajo su jurisdicción, y que consideran que debe corregirse: a) cuando los Comisionados consideran que la autoridad realizó una conducta contraria a la ley; b) cuando estiman que dicha conducta es poco razonable, injusta, opresiva, indebidamente discriminatoria, o que tiene su fundamento en disposiciones legislativas que poseen los mismos vicios; c) cuando la autoridad se apoya en todo o en parte en un error legal o de hecho; d) cuando la actitud de la propia autoridad es equivocada, y finalmente, e) cuando implica el ejercicio de una facultad discrecional dirigida a un fin indebido, que está apoyada en motivos inaceptables o consideraciones irrelevantes, o bien, omite las razones de la decisión respectiva (artículo 22 de la ley de 1975).⁴²

³⁹ Cfr. Northey, J. F., *op. ult. cit.*, pp. 190-191.

⁴⁰ Cfr. Gil Robles y Gil Delgado, Álvaro, *El control parlamentario de la administración*, cit., *supra* nota 12, pp. 83-93.

⁴¹ Sobre la influencia de la legislación de Nueva Zelanda en los ordenamientos canadienses, cfr. Stacey, Frank, *Ombudsmen Compared*, cit., *supra* nota 12, pp. 51-52; y por lo que se refiere a la transcendencia de esta institución en Australia, cfr. Whitmore, H. y Aronson, M., *Review of Administrative Action*, Sydney, 1978, pp. 8-9.

52. Otro sector importante que se consagra en la legislación de Nueva Zelanda y que ha trascendido a otros ordenamientos posteriores sobre la materia, es el que se introdujo desde 1962 y que se consigna también en el ordenamiento vigente, en el sentido de que las cartas dirigidas a los Comisionados por las personas detenidas preventivamente o en establecimientos penitenciarios, o bien, reclusas en instituciones mentales, deben ser transmitidas a los propios Comisionados sin ser abiertas por los encargados de la custodia de los remitentes.⁴³

53. B) Debido a que el sistema constitucional británico implica la preeminencia del Parlamento sobre las otras dos ramas del poder, y la ausencia de un documento constitucional unitario que señale con precisión las relaciones entre los mismos órganos y limite las facultades del cuerpo legislativo; la introducción del *Ombudsman* asumió aspectos específicos en relación con el modelo escandinavo, y además, es preciso tomar en cuenta la autonomía legislativa de Irlanda del Norte, que determinó el establecimiento de otro organismo para esa región.

54. a) La introducción del *Ombudsman* en la Gran Bretaña se debió a la ley denominada *Parliamentary Commissioner for Administration Act*, que entró en vigor el 1 de abril de 1967 para Inglaterra, Gales y Escocia.⁴⁴

55. Dicho Comisionado Parlamentario posee rasgos peculiares, en virtud de que 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*), de manera que sólo puede ser destituido previo juicio ante las dos Cámaras del Parlamento.

⁴² Cfr. Gil Robles y Gil Delgado, Álvaro, *El control parlamentario de la administración*, cit., *supra* nota 12, pp. 88-90.

⁴³ Cfr. Northey, J. F., "El Comisionado Parlamentario en Nueva Zelanda", cit., *supra* nota 38, p. 193.

⁴⁴ Sobre los antecedentes, orígenes y debates parlamentarios del citado ordenamiento puede consultarse el documentado estudio de Stacey, Frank, *The British Ombudsman*, pp. 4-306. El texto castellano de este ordenamiento puede consultarse tanto en el libro de Rowat, cit., *supra* nota 7, pp. 418-433, como en el de Gil Robles y Gil Delgado, *El control parlamentario de la administración*, cit., *supra* nota 12, pp. 264-281, y también en *Documentación Administrativa*, Madrid, núm. 79, julio-septiembre de 1978, pp. 424-441.

56. También se distingue de los Comisionados escandinavos, en cuanto, como ocurre con el *Médiateur* francés, que se inspiró a su vez en la institución británica (véase *infra* párrafo 101), no puede actuar de oficio, ni tampoco recibir directamente las reclamaciones de los gobernados afectados por las actividades de las autoridades administrativas, ya que los afectados en sus intereses jurídicos, deben presentar las quejas ante uno de los miembros de Cámara de los Comunes, quien las transmite al Comisionado, con lo cual se respeta la tradición británica, según la cual la tutela de los derechos humanos, por parte del organismo legislativo, se efectúa siempre a través de las reclamaciones interpuestas ante los miembros de la propia Cámara de los Comunes, por parte de los interesados.

57. Cuando un miembro de la Cámara de los Comunes estime que una queja, que le ha sido presentada por una persona física o colectiva, merece ser estudiada, la envía al Comisionado para que éste realice la correspondiente investigación ante la autoridad a la que se imputa la conducta indebida, y como resultado de la misma, formule un dictamen que se envía al mismo diputado que la solicitó, y en el cual el Comisionado debe concluir si, en su concepto, existe un defecto en la prestación del servicio público (*maladministration*), que se traduzca en una injusticia en perjuicio del afectado, aun cuando no existe una delimitación precisa de estos dos conceptos.⁴⁵

58. El Comisionado Parlamentario británico posee facultades discrecionales para determinar: si la reclamación fue interpuesta oportunamente; si el reclamante posee interés jurídico para dirigirse al miembro de los Comunes que la ha transmitido, y si existe recurso paralelo de carácter judicial o administrativo, a través del cual se puede remediar la situación.

59. Por otra parte, la ley que estableció el mencionado Comisionado contiene varios apéndices, con la lista de las materias en las cuales puede intervenir el citado funcionario y aquellas en las que queda excluida su competencia, esto último especialmente en asuntos políticos o tratándose de facultades discrecionales de las autoridades administrativas.

⁴⁵ Sobre la dificultad para establecer un concepto preciso de *maladministration*, cfr. Gil Robles y Gil Delgado, Álvaro, *op. ult. cit.*, pp. 102-103. Y respecto de las funciones limitadas del Comisionado británico en relación con las de otros ordenamientos como los escandinavos y de Nueva Zelanda, el estudio de Gwyn, William B. "The British PCA Ombudsman or Ombudsmouse?", *The Journal of Politics*, febrero de 1973, pp. 45-69.

60. Además del informe específico que el Comisionado dirige al diputado que ha solicitado su intervención, y que éste puede someter a la Cámara de los Comunes cuando estime que existe un motivo de responsabilidad del funcionario o autoridad respectivos, el propio Comisionado debe remitir a dicha Cámara un informe anual en el cual describa, en forma sucinta, el resultado de su gestión.

61. 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 de carácter político de los miembros del gobierno, en su caso, con lo cual las funciones del Comisionado Parlamentario se insertan en el sistema tradicional de la responsabilidad de las autoridades administrativas por violación de los derechos de los gobernados, y por tanto, según se ha visto, se distingue claramente del modelo escandinavo, en cuanto este último puede dirigir recomendaciones, e inclusive, en ciertos casos, realiza una consignación judicial, respecto de las autoridades sometidas a su fiscalización.⁴⁶

62. Debido a que los problemas de la salud fueron excluidos de la competencia del Comisionado británico en la ley de 1967, no obstante la creciente complejidad de la seguridad social en un país con servicios médicos de seguridad social muy desarrollados y de gran amplitud, se hizo patente la necesidad de crear una institución similar para la investigación de los errores o faltas en dichos servicios (*maladministration*) todo ello a través de las leyes National Health Services Scotland Act, expedida en 1972 y National Health Services Act de 1973, con el propósito de establecer tres Comisionados para Inglaterra, Gales y Escocia; pero como el

⁴⁶ Cfr. entre la copiosa bibliografía de la primera etapa del Comisionado Parlamentario británico, pueden mencionarse los siguientes estudios: Marshall, Geoffrey, "El Reino Unido", en el libro de Rowat, cit., *supra* nota 7, pp. 233-248; Garner, J. F., "L'Ombudsman britannique", *Revue Internationale de Droit Comparé*, París, julio-septiembre de 1970, pp. 457-466; Legrand, André, "Le Commissaire Parlementaire pour l'Administration: Ombudsman britannique", *Revue de Droit Public et de la Science Politique en France et à l'Étranger*, París, mayo-abril de 1969, pp. 225-258; Marx, F., "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; Foulkes, David, "The Discretionary Provisions of the Parliamentary Commissioner Act 1967", *Modern Law Review*, Londres, julio de 1971, pp. 377-393; Schwartz, Bernard, "The Parliamentary Commissioner and His Office: The British Ombudsman in Operation", *New York University Law Review*, noviembre de 1970, pp. 963-994.

gobierno británico consideró que no era preciso multiplicar autoridades, encomendó las funciones respectivas al Comisionado Parlamentario para la Administración, establecido en 1967, con el argumento de que el número reducido de reclamaciones que le transmitían los miembros de la Cámara de los Comunes, le permitían realizar también las otras actividades, de modo que en la actualidad la oficina del referido Comisionado efectúa las dos atribuciones, con el auxilio de dos funcionarios adjuntos (*Deputies*) destinados a cada uno de los grupos de facultades esenciales.⁴⁷

63. Las funciones del Comisionado, respecto a los servicios de la salud, son similares a las que efectúa en relación con las autoridades administrativas, pero con varios matices peculiares, entre ellos, que tratándose de servicios médicos, los afectados tienen acceso directo a la oficina del Comisionado, sin la intermediación de los parlamentarios, con el único requisito de que hubiesen efectuado sin éxito gestiones ante los organismos respectivos; y además que las investigaciones que puede afectar el Comisionado abarcan también a las autoridades locales, y comprenden toda forma de *maladministration*, con exclusión de las cuestiones de carácter clínico.⁴⁸

64. La evolución del *Ombudsman* británico culminó con el establecimiento de Comisionados Locales para la Administración, de acuerdo con el ordenamiento denominado Local Government Act, de 1974, con vigencia en la Gran Bretaña, sin fijar el número de funcionarios que debían designarse, si bien el proyecto presentado por el Gobierno preveía la posibilidad de nueve; pero hasta la fecha se han designado cinco, tres para Inglaterra y los dos restantes para Gales y Escocia.⁴⁹

65. Las atribuciones de los Comisionados locales para la Administración son similares a las del Comisionado británico, con algunas modalidades, entre las cuales destacan: que los afectados deben acudir previamente ante los consejeros municipales, pero si éstos no transmiten la reclamación al Comisionado respectivo, queda abierto el acceso directo del reclamante ante el mismo Comisionado; los informes de los propios Comisionados

⁴⁷ Cfr. Gil Robles y Gil Delgado, Álvaro, *El control parlamentario de la administración*, cit., *supra* nota 12, pp. 113-114; Stacey, Frank, *Ombudsmen Compared*, cit., *supra* nota 12, pp. 176-180.

⁴⁸ Cfr. Stacey, Frank, *op. ult. cit.*, pp. 181-194.

⁴⁹ Cfr. Gil Robles y Gil Delgado, Álvaro, *El control parlamentario de la administración*, cit., *supra* nota 12, pp. 114-115.

deben remitirse a los organismos representativos de las autoridades locales, al menos en Inglaterra y Gales, y por último, que la publicidad de las actividades de dichos Comisionados son más amplias que las del *Ombudsman* británico.⁵⁰

66. b) Por lo que se refiere a Irlanda del Norte, que posee autonomía legislativa respecto de la Gran Bretaña,⁵¹ se establecieron dos Comisionados Parlamentarios, denominados Northern Ireland Parliamentary Commissioner for Administration, y el Northern Ireland Commissioner for Complaints, creados ambos en 1969, pero que se concentran en una sola oficina encabezada por el mismo titular, como ha ocurrido respecto de los dos Comisionados Parlamentarios británicos (véase *supra* párrafo 62).

67. Los Comisionados irlandeses tienen atribuciones similares a los británicos, con modalidades particulares, entre ellas, que el Comisionado para la Administración sólo puede conocer las reclamaciones de las autoridades administrativas de su territorio, a través de un miembro de Asamblea de Irlanda del Norte; en tanto que el Comisionado para las reclamaciones conoce en forma directa de las quejas de los gobernados, respecto de las autoridades administrativas locales.⁵²

68. c) El ordenamiento australiano, que como sabemos tiene carácter federal, ha sido influenciado por el modelo del Comisionado establecido en Nueva Zelanda y ha seguido muy de cerca sus lineamientos, con algunos matices.⁵³

69. La institución se estableció paulatinamente en cinco de las seis Entidades Federativas, primero en Australia Occidental (West Australia) a través de la Parliamentary Commissioner Act, 1971; Australia del Sur, por conducto de la Ombudsman Act, de 1972, reformada en 1974; Victoria, con su Ombudsman Act, 1973; Queensland, en la Parliamentary Commissioner

⁵⁰ Cfr. Stacey, Frank, *Ombudsmen Compared*, cit., *supra* nota 12, pp. 195-226.

⁵¹ Esta autonomía legislativa se ha acentuado a partir del 1 de enero de 1974, en que entraron en vigor las disposiciones de Northern Ireland Assembly Act, Northern Ireland Constitution y Northern Ireland Constitution (Amendment Act), las tres expedidas en 1973, cfr. Mitchell, Valerie A., "Irlande du Nord", *Annuaire de Législation Française et Étrangère* 1976, Paris, 1977, pp. 523-525.

⁵² Cfr. Gil Robles y Gil Delgado, Álvaro, *El control parlamentario de la administración*, cit., *supra* nota 12, pp. 117-122.

⁵³ Cfr. Whitmore, H. y Aronson, M., *Review of Administrative Actions*, cit., *supra* nota 41, pp. 8-9.

Act, 1974, y Nueva Gales del Sur, Ombudsman Act, 1974, modificada en 1976. En tal virtud, Tasmania es la única Entidad Federativa que todavía no ha establecido un *Ombudsman*.⁵⁴

70. Finalmente, una ley federal, Ombudsman Act, 1976, introdujo la institución en el ámbito nacional, la que inició sus actividades en marzo de 1977, al ser designado el primer *Ombudsman* por el gobierno federal.

71. Como sería complicado hacer referencia a las leyes locales, que por otra parte coinciden, salvo algunos matices secundarios de la institución federal, trazaremos brevemente los lineamientos de esta última.⁵⁵

72. La citada ley federal establece además del *Ombudsman* titular (*Commonwealth Ombudsman*), dos funcionarios auxiliares (*Deputies Ombudsman*), estos últimos con competencia en la Capital Federal (Australian Capital Territory) y en el Territorio del Norte (Northern Territory) (artículo 4 de la Ley); y todos ellos son designados por el gobernador general (artículo 21), por un periodo que no puede exceder de siete años, con posibilidad de reelección (artículo 22), pero sólo pueden ser destituidos por el propio gobernador, por mala conducta o incapacidad mental, cuando la remoción es solicitada por las dos Cámaras del Parlamento en sesión conjunta (artículo 28).

73. De acuerdo con el arquetipo escandinavo, la legislación local y los precedentes establecidos por Nueva Zelanda, los *Ombudsman* federales pueden recibir, directamente y por escrito,⁵⁶ las solicitudes de los afectados por actos de cualquier autoridad administrativa (*a matter of administration*) (artículo 5), que se entiende en forma amplia, pues la enunciación de las autoridades u organismos públicos que pueden ser investigados es muy extensa, excluyendo sólo a las autoridades judiciales, administrativas y las fuerzas armadas (artículo 3).

74. Los mencionados comisionados pueden realizar investigaciones sobre el dilatado campo de la actividad administrativa, con facultades

⁵⁴ Cfr. Whitmore, H. y Aronson, M., *op. ult. cit.*, p. 5, 8; Sawyer, George, "Ombudsman in Australia", en su libro *Ombudsman*, cit., *supra* nota 38, pp. 35 y ss.; Stacey, Frank, *Ombudsmen Compared*, cit., *supra* nota 12, p. 228.

⁵⁵ Cfr. Frod, H. A. J., "Australia", *Annuaire de Législation Française et Étrangère*, 1976, cit., *supra* nota 51, pp. 110-111.

⁵⁶ Cfr. Whitmore, H. y Aronson, M., *Review of Administrative Actions*, cit., *supra* nota 41, pp. 6-8.

muy amplias para recabar información, citar testigos, desahogar medios de convicción, y como resultado de las citadas investigaciones, pueden redactar informes y proponer recomendaciones, las que pueden apoyarse en motivos muy similares a los consignados en el ordenamiento de Nueva Zelanda que señalamos anteriormente (véase *supra* párrafo 51) (artículo 15).

75. Un procedimiento que merece destacarse es el contenido en el artículo 11 de la ley federal, en el sentido de que cuando alguno de los *Ombudsman* investigue una reclamación relativa al ejercicio de facultades discrecionales establecidas por un reglamento (*Enactment*), dicho Comisionado puede recomendar, al titular del Departamento u organismo respectivo, que se dirija al Tribunal Administrativo de Apelación (Administrative Appeals Tribunal) en solicitud de una opinión consultiva (*advisory opinion*) sobre el alcance de tales facultades y de su aplicación.

76. Los Comisionados Federales australianos están facultados para rendir informes a los titulares de los departamentos u organismos investigados, al Primer Ministro, e inclusive al órgano legislativo respectivo (federal o de los territorios), sobre las reclamaciones que ha tramitado (artículo 15) y, por supuesto, están obligados a elaborar un informe anual, con posterioridad al 30 de junio, sobre el resultado de sus investigaciones, que entregan al gobierno federal y a los de los territorios, para su presentación ante los órganos legislativos correspondientes (artículo 19).

IV. EL OMBUDSMAN EN ISRAEL

77. Citamos a continuación el establecimiento de la institución en el Estado de Israel, en virtud de que su ordenamiento se encuentra estrechamente vinculado con la familia o el sistema del *common law* o angloamericano y, por lo tanto, tiene puntos de contacto con los Comisionados mencionados con anterioridad,

78. El aspecto peculiar que descubrimos en la legislación israelí consiste en la acumulación progresiva de las funciones fiscalizadoras del *Ombudsman* a una institución diversa, es decir, la del Contralor General (State Comptroller), introducido en 1948 y perfeccionado en 1958, año en

el cual se unificaron las disposiciones anteriores sobre esta institución,⁵⁷ cuyo titular es designado por el jefe del Estado, a petición de una comisión permanente del Parlamento (*Knesset*), por un plazo de cinco años, con objeto de fiscalizar la conducta de las autoridades financieras y económicas, en la inteligencia de que no puede ser destituido sino por decisión del propio Parlamento, tomada por mayoría de dos tercios.⁵⁸

79. Como dicha vigilancia se amplió en forma paulatina a la conducta de otras autoridades administrativas, y se incluyó la posibilidad de recibir reclamaciones directas de los particulares afectados, las cuales aumentaron considerablemente en los años posteriores al establecimiento de esta facultad, la evolución culminó con la reforma legislativa del 31 de marzo de 1961, que estableció una oficina especial, dependiente del citado Contralor General, con el objetivo específico de recibir y tramitar las quejas de los gobernados en contra de las autoridades administrativas, cuyo titular recibió el nombre de "Comisionado para las reclamaciones del público", pero recayendo esa titularidad en la misma persona del Contralor General.⁵⁹

80. Esta oficina de quejas del Contralor General posee a partir de entonces funciones similares a las del *Ombudsman* escandinavo y sus posteriores adaptaciones a las instituciones angloamericanas, ya que puede realizar investigaciones sobre la conducta de las autoridades administrativas, con objeto de formular recomendaciones que, en su caso, se dirigen a las propias autoridades, a fin de que se subsanen las afectaciones indebidas de los derechos o intereses legítimos de los administrados.

81. El Contralor General, en sus atribuciones de Comisionado antes mencionadas, es auxiliado por una oficina que recibe el nombre de "Comisariado para las reclamaciones del público", cuyo director es nombrado por la comisión parlamentaria del *Knesset*, a proposición del mismo contralor.⁶⁰

⁵⁷ Klinghoffer, Hans, "Der Ombudsman in Israel", en el volumen colectivo, *Festschrift für Karl Loewenstein*, Tübingen, 1971, tomo I, pp. 261-262.

⁵⁸ Cfr. Klinghoffer, Hans, *op. ult. cit.*, pp. 263-264.

⁵⁹ Cfr. Klinghoffer, Hans, *op. ult. cit.*, pp. 264-266; Kleber, Nathalie Marguerite, *L'Ombudsman Israël*, París, 1975, pp. 11-14.

⁶⁰ Cfr. Kleber, Nathalie Marguerite, *op. ult. cit.*, pp. 14-15.

82. Sobre esta actividad fiscalizadora, el Contralor General debe rendir doble informe anual al Parlamento, uno relativo a su función de vigilancia financiera; y el otro, respecto a la citada oficina de protección de los derechos de los administrados.⁶¹

83. El campo de actuación del *Ombudsman* en Israel es más limitado que aquel que corresponde al modelo escandinavo, ya que no puede investigar la conducta de los altos funcionarios del Estado, tales como el jefe del Estado, los ministros del gabinete o miembros del Parlamento, y tampoco respecto de los tribunales, los miembros de la policía y los directores de los lugares de detención, o todo aquello que corresponda a las fuerzas armadas, ya que para estas últimas se introdujo una institución especial (véase *infra* párrafos 86 y 87), y tampoco son admisibles las reclamaciones en las materias en las cuales exista un remedio administrativo o judicial a través del cual pueda lograrse una reparación.

84. También debe mencionarse que las reclamaciones de los particulares afectados pueden presentarse directamente ante el Comisario o bien por conducto de los miembros del Parlamento.⁶²

85. Debido al incremento constante de las quejas contra las autoridades administrativas, se han establecido nuevas oficinas para recibirlas, que actúan en las ciudades de Jerusalén, Haifa y Tel Aviv- Jaffa.⁶³

86. Finalmente, debe destacarse que con anterioridad a la institución que hemos mencionado, se introdujo un *Ombudsman* para las fuerzas armadas, en cierto modo inspirado en el modelo creado anteriormente en la República Federal de Alemania, y que examinaremos más adelante (véase *infra* párrafo 90).

87. Dicho funcionario es denominado "Comisario para las reclamaciones de los militares", introducido en una reforma de 24 de julio de 1972 a la Ley de Justicia Militar, y es designado por un periodo de cinco años por el Ministro de la Defensa, previa consulta con el Ministro de Justicia y con la aprobación de la Comisión Parlamentaria de Asuntos Extranjeros y de la Defensa del Knesset.⁶⁴

⁶¹ Cfr. Klinghoffer, Hans, "Der Ombudsman in Israel", cit., *supra* nota 57, pp. 277-278.

⁶² Cfr. Kleber, Nathalie Marguerite, *L'Ombudsman Israélien*, cit., *supra* nota 59, pp. 21-29.

⁶³ Cfr. Kleber, Nathalie Marguerite, *op. ult. cit.*, p. 15.

⁶⁴ Cfr. Kleber, Nathalie Marguerite, *op. ult. cit.*, pp. 16-18.

V. SU INTRODUCCIÓN EN VARIOS ORDENAMIENTOS DE EUROPA CONTINENTAL

88. El *Ombudsman* escandinavo ha influido decisivamente para la creación de instituciones similares, si bien con aspectos peculiares, en el derecho europeo continental, y entre los más significativos podemos mencionar el Comisionado Parlamentario para las fuerzas armadas en la República Federal de Alemania, en la cual también se ha establecido un Comisionado para la protección de los derechos de los ciudadanos en el Estado de Renania-Palatinado; el *Médiateur* del ordenamiento francés; los defensores cívicos en las regiones italianas de Toscana y Liguria, y el Comisionado de la ciudad de Zurich, Suiza, así como los Comisionados Parlamentarios recientemente establecidos en los ordenamientos constitucionales de Portugal (1976) y España (1978), pero estos dos últimos los abordaremos al inicio del numeral IX de este trabajo.

89. A) En la República Federal de Alemania, hasta la fecha se han introducido dos Comisionados Parlamentarios, el primero desde 1956, pero exclusivamente para la fiscalización de las fuerzas armadas federales, y en fecha más reciente, es decir, hasta 1974, se estableció un Comisionado Parlamentario dependiente de la legislatura de la Entidad Federativa de Renania-Palatinado, con la función de la tutela de los derechos de los ciudadanos habitantes de la propia Entidad.

90. a) Por lo que se refiere a la esfera federal, es evidente que tomando en consideración los modelos de los *Ombudsman* militares establecidos en Suecia y en Noruega, se reformó el 19 de marzo de 1956 el artículo 45 bis de la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania, para introducir al Comisionado Parlamentario de la Defensa (*Wehrbeauftragte des Bundestages*), precepto que fue reglamentado por la ley federal del 26 de junio de 1957.⁶⁵

⁶⁵ El citado artículo 45 b de la Ley Fundamental dispone: "Para defender los derechos fundamentales y con carácter de órgano auxiliar del Parlamento federal en el ejercicio del control parlamentario, se nombrará un Comisionado del Parlamento Federal para Asuntos de Defensa. La reglamentación se hará por ley federal". Cfr. Maunz, Theodor, *Deutsches Staatsrecht (Derecho político alemán)*, 18a. ed., Munich, 1971, pp. 189-190; Hesse, Konrad, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland (Fundamentos del derecho constitucional de la República Federal de Alemania)*, 9a. ed., Heidelberg-Karlsruhe, 1976, pp. 220-221.

91. Aun cuando en principio coincide con la figura de los *Ombudsman* militares de Suecia y Noruega, se aparta de ellos en algunos aspectos que podemos destacar de la siguiente manera:

92. *a'*) El Comisionado alemán federal, además de su función de vigilancia sobre 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.

93. En cuanto a la fiscalización de las fuerzas armadas, el Comisionado Federal alemán tiene bastante semejanza con los funcionarios similares de Suecia, Noruega e Israel, ya que puede realizar inspecciones, recibir quejas del personal militar y formular recomendaciones a los funcionarios respectivos. Posee autonomía respecto de la citada 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 facultada para darle instrucciones específicas. El Comisionado está obligado a rendir un informe anual que se somete a dictamen del Comité de la Defensa de la propia Cámara.

94. *b'*) Por lo que respecta a la segunda actividad esencial, es decir, como órgano de control parlamentario, el *Ombudsman* recibe instrucciones precisas del órgano legislativo 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 citado Comité de la Defensa de la Cámara Federal, por lo que, en este sentido, posee una autonomía menor en relación con la primera actividad.

95. *c'*) La doctrina ha puesto de relieve que el Comisionado 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 primeros que ocuparon el cargo eran militares retirados y, por tanto, compenetrados con el propio sistema.⁶⁶

⁶⁶Cfr. Lohse, Egon, "El *Ombudsman* militar de Alemania Occidental", en la obra de Rowat, cit., *supra* nota 7, pp. 170-179; Legrand, André, *L'Ombudsman*, cit., *supra* nota 22, pp. 263-274; Kraehe,

96. b) El Comisionado Parlamentario de la Legislatura de la provincia de Renania-Palatinado (*Bürgerbeauftragte des Landestages Rheinland-Pfalz*) fue establecido por la Ley del 3 de mayo de 1974 de esa Entidad Federativa, tomando como modelo al *Ombudsman* escandinavo y también, en cierta medida, al Comisionado Federal para las Fuerzas Armadas mencionado anteriormente.⁶⁷

97. El citado Comisionado local tiene como función esencial proteger los derechos de los gobernados frente a las autoridades administrativas sujetas al control parlamentario, y para realizar esa atribución, recibe las quejas y reclamaciones que los propios gobernados envían al Parlamento local, en especial a su Comisión de peticiones (*Patitionsausschuss des Landestages*), introducido en la reforma constitucional de 1971, que sirvió de antecedente a la institución federal,⁶⁸ así como las que recibe directamente de los afectados en representación de la legislatura local.

98. El mencionado Comisionado puede actuar de oficio, o bien recibir de la legislatura, a través de su Comisión de peticiones, o directamente, las reclamaciones de los administrados afectados. Además está facultado para realizar una investigación, y como sus modelos escandinavos y alemán federal, puede dirigir recomendaciones a las autoridades respectivas para corregir las afectaciones indebidas a los derechos e intereses legítimos de los administrados, y también debe presentar un informe anual a la legislatura sobre sus actividades protectoras.⁶⁹

99. B) Uno de los *Ombudsman* de mayor trascendencia en el desarrollo de la institución en los ordenamientos continentales europeos es el introducido en Francia con el nombre de *Médiateur*, por la Ley número 73-6,

Rainer, "Le Délégué Parlementaire à la défense du Bundestag", *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l'Étranger*, París, mayo-junio de 1966, pp. 545-553.

⁶⁷ Kempf, Udo, *Bürgerbeauftragte. Eine Vergleichende Studie unter besonderer y Berücksichtigung des Bürgerbeauftragten des Landes Rheinland-Pfalz* (Comisario para los ciudadanos. Un estudio comparativo con especial referencia al Comisario de los ciudadanos en el Estado de Renania-Palatinado), Mainz, 1976, pp. 55-68.

⁶⁸ Cfr. Kempf, Udo, *op. ult. cit.*, pp. 21-26. El artículo 45 c, de la Ley Fundamental federal, introducido por reforma de 15 de julio de 1975, establece: "1) El *Bundestag* nombrará una Comisión de Peticiones encargada del tratamiento de las peticiones y reclamaciones dirigidas a él según el artículo 17. 2) Las facultades de la Comisión para el examen de reclamaciones serán reglamentadas por ley federal". La ley reglamentaria fue promulgada el 19 de julio de 1975.

⁶⁹ Cfr. Kempf, Udo, *op. ult. cit.*, pp. 62-90.

de 3 de junio de 1973,⁷⁰ reformada por ley de 24 de diciembre de 1976; institución que en un principio fue recibida con escepticismo e inclusive con hostilidad por la doctrina nacional y extranjera, por considerarse como superflua en virtud de la existencia de la justicia administrativa desempeñada en forma brillante por el Consejo de Estado.⁷¹

100. La trascendencia del *Médiateur* del derecho francés radica en sus aspectos peculiares, que se amoldan al sistema constitucional establecido por la Carta de 1958, la cual modificó la estructura tradicional de carácter parlamentario, para conformar un sistema intermedio que combinó el anterior con el presidencialista;⁷² de tal manera que el citado funcionario, pertenece formalmente al ámbito del Ejecutivo, ya que es designado por un periodo de seis años, sin posibilidad de reelección, según Decreto expedido en Consejo de Ministros; pero, al mismo tiempo, guarda cierta autonomía frente al gobierno, en cuanto no puede ser destituido libremente por este último, sino sólo en el supuesto de impedimento comprobado y resuelto por el Consejo de Estado (artículo 2o. de la citada Ley de 1973).

101. Otro de los aspectos peculiares del *Ombudsman* francés consiste en su carácter de intermediario entre los gobernados y el Parlamento, ya que siguiendo el ejemplo del Comisionado británico (véase *supra* párrafo 56), no recibe directamente las reclamaciones de los afectados, sino que las mismas deben ser presentadas a un diputado o a un senador, con la petición de que las transmitan al *Médiateur*, y dichos representantes sólo lo hacen si consideran que es de la competencia y se requiere de la intervención de dicho funcionario (artículo 6o. del citado ordenamiento.)

102. Según el texto original de la Ley de 1973, sólo las personas individuales (personas físicas), podían presentar las reclamaciones ante los

⁷⁰ El texto castellano de este ordenamiento puede consultarse en el libro de Gil Robles y Gil Delgado, Álvaro, *El control parlamentario de la administración*, cit., *supra* nota 12, pp. 286-289, y también en el estudio de Vallina Velarde, Vicente de la, "La figura del Mediador en el derecho positivo francés", *Documentación Administrativa*, Madrid, núm. 156, noviembre-diciembre de 1973, pp. 152-155.

⁷¹ Cfr. Questiaux, Nicole, "Cómo satisfacen la necesidad los tribunales administrativos", en el libro de Rowat, cit., *supra* nota 7, pp. 285-294; Verrier, Patrice, "Le Médiateur", *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l'Étranger*, París, julio-agosto de 1973, pp. 943-977; Raschauer, Bernhard, "Ein Ombudsman für Frankreich" ("Un Ombudsman para Francia"), *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, septiembre de 1973, pp. 503-523.

⁷² Entre muchos otros, Hauriou, André, *Derecho constitucional e instituciones políticas*, trad. de José Antonio González Casanova, Barcelona, 1971, pp. 516-636.

miembros del Parlamento, para ser transmitidas al *Médiateur*, pero con la reforma de diciembre de 1976 al artículo 6o. del citado ordenamiento se amplió la legitimación en beneficio de las personas jurídicas colectivas (personas morales), siempre que la petición fuese presentada por una persona individual afectada por la actividad administrativa correspondiente.⁷³

103. La reclamación correspondiente debe fundarse en la defectuosa prestación de los servicios públicos por parte de autoridades administrativas del Estado, de las colectividades públicas territoriales, de los establecimientos públicos o de cualquier otro organismo investido de la función de servicio público (artículo 1o. del citado ordenamiento); además la propia reclamación sólo puede formularse una vez que se han hecho las gestiones necesarias ante las propias autoridades u organismos administrativos, y en la inteligencia de que la misma petición no interrumpa los plazos para interposición de impugnaciones, especialmente ante la justicia administrativa (artículo 7o. de la propia Ley).

104. Las facultades del *Médiateur* son muy similares a las de sus modelos sueco y británico, si bien con algunas limitaciones derivadas de la existencia de la justicia administrativa francesa, ya que dicho funcionario no puede intervenir en un proceso administrativo ni examinar los fundamentos de una decisión jurisdiccional (artículo 11 de la Ley); por lo que sus actividades se dirigen a la formulación de las recomendaciones apropiadas para solucionar los problemas que se le hubiesen planteado, en el caso de que estime justificada una petición remitida por un miembro del Parlamento y, en su caso, también está facultado para formular las proposiciones tendentes a mejorar el funcionamiento del organismo correspondiente, y en el supuesto de que dicho organismo no diese contestación satisfactoria dentro del plazo que se fije a las proposiciones o recomendación del *Médiateur* este último puede hacerlas públicas mediante un informe especial presentado al Presidente de la República o al Parlamento, pero con el derecho otorgado al organismo denunciado, de también hacer pública su contestación al citado funcionario (artículo 9o. de la Ley).

⁷³ Cfr. Gil Robles y Gil Delgado, Álvaro, *El control parlamentario de la administración*, cit., *supra* nota 12, pp. 165-168. El precepto del primer párrafo del artículo 6o. de la ley de 1973, reformado por la de 24 de diciembre de 1976, dispone lo siguiente: "Se considera como individual la reclamación presentada a nombre de una persona moral si la persona física que la presenta tiene también interés de obrar".

105. Las facultades del *Médiateur* fueron precisadas en las reformas introducidas en diciembre de 1976, ya que, de acuerdo con las mismas, el citado funcionario puede proponer modificaciones a la legislación y a los reglamentos, cuando considere que los vigentes pueden producir injusticias en su aplicación.

106. También el *Médiateur*, como los arquetipos escandinavo y británico, está obligado a presentar un informe anual tanto al Presidente de la República como al Parlamento, en el cual debe señalar los resultados de su actividad, y después debe ser publicado para que sea conocido por los gobernados (artículo 14 de la Ley).

107. Contra todas las predicciones, la labor del *Médiateur* ha sido muy provechosa, y de ninguna manera ha resultado inútil, sino que por el contrario, se ha desarrollado fructíferamente en estrecha colaboración con el Consejo de Estado, al cual auxilia a resolver numerosas cuestiones que de otra forma deben plantearse por vía judicial, por lo que ambas instituciones en lugar de oponerse se complementan, experiencia que puede servir de ejemplo para la introducción del *Ombudsman* en los ordenamientos que cuentan con una justicia administrativa desarrollada como la francesa.⁷⁴

108. Por otra parte, también el *Médiateur* ha realizado sus actividades en colaboración con los llamados *Comités de Usagers* (comités de usuarios de los servicios públicos), que fueron establecidos en 1974, en los Ministerios y Secretarías de Estado, todos ellos presididos por un miembro del parlamento, con objeto de hacer llegar a las autoridades administrativas correspondientes los puntos de vista de los administrados y proponerles todas las medidas necesarias para humanizar las relaciones, siempre difíciles, entre los gobernados y la propia administración.⁷⁵

109. c) En Italia se han presentado numerosos proyectos, de los cuales nos ocuparemos brevemente en el inciso VII de este capítulo, para introducir una institución similar a la escandinava, pero con el nombre de *Difensore Civico*, tanto en el ámbito nacional como en el regional, pero

⁷⁴Cfr. Stacey, Frank, *Ombudsmen Compared*, cit., *supra* nota 12, pp. 101-121; Debbasch, Charles (coord.), "Le Médiateur. Cinq années de pratique", en la reseña colectiva intitulada *Revue de la vie administrative en France et à l'Étranger, Revue de Droit Public et de la Science Politique en France et à l'Étranger*, París, julio-agosto de 1978, pp. 1104-1107; Vallina Velarde, Vicente de la, "La figura del 'Mediador' en el derecho positivo francés", cit., *supra* nota 70, pp. 141-151.

⁷⁵Cfr. Stacey, Frank, *op. ult. cit.*, pp. 106-107; Gil Robles y Gil Delgado, Álvaro, *El control parlamentario de la administración*, cit., *supra* nota 12, pp. 172-174.

de acuerdo con los datos con que contamos, sólo se han aprobado para las regiones de Toscana y de Liguria, por leyes del 21 de enero y 6 de junio de 1974, con disposiciones muy similares.⁷⁶

110. Estos Defensores Cívicos regionales son designados por Decreto de la Junta Regional, previo voto de los dos tercios de los consejeros regionales, por un plazo de cinco años, con posibilidad de una reelección, en la inteligencia de que conocen de las reclamaciones formuladas por los ciudadanos cuando transcurridos 20 días no hubiesen recibido respuesta, o la misma no sea satisfactoria, a las gestiones efectuadas en las oficinas de la administración regional, comprendidas las entidades y empresas dependientes de la misma. El Defensor Cívico respectivo, al recibir la reclamación, requiere del funcionario responsable que proceda conjuntamente al examen del asunto en el plazo de cinco días, y de acuerdo con las exigencias del departamento u oficina administrativa, señala el plazo máximo para la normal resolución del asunto, dando cuenta al interesado y a los órganos regionales, así como también de los retrasos que se produzcan.

111. Los Defensores Cívicos regionales a los que nos estamos refiriendo tienen la obligación de enviar al examen del Consejo Regional un informe semestral detallado sobre la actividad desarrollada y los casos en los cuales se hubiesen comprobado retardos e irregularidades.⁷⁷

112. D) Finalmente, en nuestro breve recorrido, haremos una referencia muy sucinta del Comisionado de la ciudad de Zurich, que recibe el nombre de *Beauftragte in Beschwerdensachen der Stadt Zürich* (que libremente traducido podría denominarse Comisionado para recibir reclamaciones), introducido por la Ley Orgánica Municipal de 1 de enero de 1971, electo por el Consejo Municipal de carácter representativo, por un periodo de cuatro años, con posibilidad de reelección, pero independiente tanto del citado Consejo como de la Municipalidad, que es el órgano ejecutivo.⁷⁸

113. El acceso al Comisionado es directo y sumamente flexible, pues puede ser interpuesto no sólo por escrito sino también en forma oral, por cualquier persona, individual o colectiva, inclusive por los extranjeros

⁷⁶El texto castellano de la ley regional de Toscana de 21 de enero de 1974, así como un resumen de la de 6 de junio del mismo año, para la región de Liguria, pueden consultarse en el libro de Gil Robles y Gil Delgado, Álvaro, *op. ult. cit.*, pp. 302-305.

⁷⁷Cfr. Gil Robles y Gil Delgado, Álvaro, *op. ult. cit.*, pp. 191-192.

que residan en otro país, pero que tengan contacto con las autoridades administrativas municipales; y sin necesidad de demostrar estrictamente el interés jurídico. El Comisionado tiene la facultad de dirigirse a las autoridades respectivas para solicitar informes y colaboración, comunicando a la misma la propuesta o recomendación sobre la solución que considere más pertinente, pero sin que sus sugerencias tengan carácter imperativo, las que además se envían al reclamante, al funcionario respectivo y a su superior jerárquico, con independencia del informe general que debe enviar ante el Consejo Municipal, que posteriormente es publicado.⁷⁹

VI. LA TRASCENDENCIA DEL OMBUDSMAN EN CANADÁ Y LOS ESTADOS UNIDOS

114. A) Canadá es un país que pertenece todavía a la Comunidad Británica, y por lo mismo, está muy influido por las instituciones jurídicas inglesas, de manera que no resulta extraño que se establecieran instituciones similares al Comisionado Parlamentario británico, pero como país de carácter federal, en el cual las provincias poseen facultades legislativas autónomas de gran importancia, la cuestión se ha presentado tanto en el ámbito nacional como en el de las Entidades Federativas, y en esta dirección observamos un fenómeno similar al de su vecino del Sur, es decir, Estados Unidos, ya que el *Ombudsman* no ha podido introducirse en la esfera nacional, pero en cambio sí en varias entidades locales.

115. En efecto, no obstante que ante el Parlamento federal canadiense se han presentado varios proyectos, uno en 1960,⁸⁰ y otros dos, 10 años después,⁸¹ no han logrado prosperar, aun cuando debe mencionarse que se han establecido dos funcionarios para ejercer fiscalización sobre aspectos específicos, como el *Commissioner of Official Languages*, que tiene por objeto investigar las quejas sobre el incumplimiento de las disposiciones sobre idiomas oficiales (inglés y francés), en las oficinas de servicios públicos; y el *Correctional Investigator*, que recibe las reclamaciones de los detenidos

⁷⁸ Cfr. Kempf, Udo, *Bürgerbeauftragte*, cit., *supra* nota 67, pp. 42-44.

⁷⁹ Cfr. Gil Robles y Gil Delgado, Álvaro, *El control parlamentario de la administración*, cit., *supra* nota 12, pp. 195-196.

⁸⁰ El texto castellano del proyecto C-7, presentado ante la Cámara de los Comunes del Parlamento federal de Canadá en 1964, se consigna como apéndice en el libro de Rowat, cit., *supra* nota 7, pp. 386-390.

contra las autoridades penitenciarias federales.⁸²

116. Hasta la fecha, ocho de las 10 provincias canadienses han establecido Comisionados Parlamentarios en la mayoría de ellas, inclusive con el nombre de *Ombudsman*, en la inteligencia de que los ordenamientos de New Brunswick y Alberca fueron los primeros en introducir la institución en 1967;⁸³ les siguió Quebec al crear el *Protecteur du Citoyen* en 1968;⁸⁴ en 1969 Nueva Escocia y Manitoba; Ontario en 1975, y finalmente, en julio de 1975, en la Provincia de Newfoundland se designó a un *Ombudsman* de acuerdo con la ley que se aprobó desde 1970; en tal virtud sólo carecen de comisionados las entidades de Columbia Británica y la isla del Príncipe Eduardo.⁸⁵

117. Resultaría complicado describir los matices de los diversos Comisionados Parlamentarios establecidos en las provincias canadienses, pero podemos señalar que los mismos fueron influidos por los ordenamientos de Gran Bretaña y Nueva Zelanda, y en forma indirecta por la institución escandinava, si bien la doctrina ha resaltado la importancia del Protector del Ciudadano en la provincia de Quebec, por ser la más poblada y además en virtud de que dicho funcionario ha tenido mayor experiencia en la tutela de los derechos de los administrados.⁸⁶

118. En sus aspectos más genéricos, los *Ombudsman* de las entidades federativas del Canadá son designados por el gobernador a propuesta de la legislatura local, de la cual dependen, pero conservando cierta autonomía; el acceso a los mismos es directo, ya que poseen la facultad de recibir, sin la intervención de los parlamentarios, las reclamaciones de los gobernados, las cuales deben investigar y, en su caso, formular propuestas

⁸¹ Cfr. Gil Robles y Gil Delgado, Álvaro, *El control parlamentario de la administración*, cit., *supra* nota 12, p. 124, quien se refiere a los proyectos C-106 y C-151.

⁸² Cfr. Gil Robles y Gil Delgado, Álvaro, *op. ult. cit.*, p. 124; Stacey, Frank, *Ombudsmen Compared*, cit., *supra* nota 12, p. 51.

⁸³ El texto castellano de la ley de Alberta puede consultarse en el libro de Rowat, tantas veces citado, *supra* nota 7, pp. 435-445; y la traducción italiana de la ley de New Brunswick del 19 de mayo de 1967, en la obra *Ricerca sul Commissario Parlamentare*, cit., *supra* nota 36, pp. 137-147.

⁸⁴ Cfr. Stacey, Frank, *Ombudsmen Compared*, cit., *supra* nota 12, pp. 52-53. El texto de la ley de 14 de noviembre de 1968 sobre el Defensor Cívico de Québec, está consignada en italiano en la obra *Ricerca sul Commissario Parlamentare*, cit., *supra* nota 36, pp. 151-159.

⁸⁵ Cfr. Gil Robles y Gil Delgado, Álvaro, *El control parlamentario de la administración*, cit., *supra* nota 12, pp. 131-137.

⁸⁶ Cfr. Stacey, Frank, *Ombudsmen Compared*, cit., *supra* nota 12, pp. 54-69.

o recomendaciones que carecen de imperatividad, con la atribución de enviar informes específicos cuando lo consideren necesario, y anualmente un informe al organismo legislativo correspondiente que después se da a la publicidad; de lo cual puede concluirse que se apartan muy poco de los modelos que influyeron en su establecimiento.⁸⁷

119. B) Por lo que se refiere a los Estados Unidos, la situación es todavía más compleja, ya que además de su estructura federal, los estadounidenses fueron los creadores del gobierno presidencialista,⁸⁸ en forma diversa a Canadá, que conserva el régimen parlamentario, de modo que la institución que estamos analizando ha introducido matices muy variados en las diversas entidades en las cuales se ha implantado, con la circunstancia de que además han proliferado organismos similares o que se alejan del arquetipo escandinavo, en numerosas ciudades e, inclusive, con funciones muy específicas en algunas hipótesis.⁸⁹

120. En primer término, debe señalarse que no obstante haberse presentado varios proyectos legislativos proponiendo el establecimiento de un *Ombudsman* en el ámbito nacional, ante el Congreso de los Estados Unidos, dichos proyectos no han logrado éxito,⁹⁰ pero en cambio, en forma similar a lo ocurrido en Canadá, se han introducido instituciones semejantes, en las entidades federativas, inclusive expresamente con el nombre de *Ombudsman*.

⁸⁷ Cfr. Gil Robles y Gil Delgado, Álvaro, *El control parlamentario de la administración*, cit., *supra* nota 12, pp. 123-145; Stacey, *op. ult. cit.*, pp. 51-91.

⁸⁸ Cfr. las diversas opiniones sobre la conveniencia o los obstáculos para el establecimiento de la figura del *Ombudsman* en Estados Unidos, en los estudios de Reuss, Henry S. y Munsey, Everard, "Estados Unidos"; Abraham, Henry J., "La necesidad de un *Ombudsman* en los Estados Unidos", Krislov, Samuel, "Una opinión moderada"; y Morstein Marx, Fritz, "La importación de instituciones extranjeras", todos ellos en la obra de Rowat, cit., *supra* nota 7, pp. 259-267; 306-313; 321-332, y 332-341, respectivamente.

⁸⁹ Las modalidades principales están contenidas en los estudios de Anderson, Stanley V., *Ombudsman Papers*; cit., *supra* nota 1, y en el editado por Wyner, Alan J., *Executive Ombudsman in the United States*, Berkeley, California, 1973.

⁹⁰ Dos de estos proyectos, el presentado por el diputado Henry S. Reuss ante la Cámara de Representantes el 16 de julio de 1963, y el del senador Edward V. Long, ante la Cámara Alta el 7 de marzo de 1967 pueden consultarse en traducción española en el libro de Rowat, cit., *supra* nota 7, pp. 391-399. Sobre las discusiones en el Congreso de los Estados Unidos sobre estas iniciativas, cfr. Anderson, Stanley V., *op. ult. cit.*, pp. 14-23.

121. Las entidades locales que introdujeron la institución de acuerdo con el modelo escandinavo, fueron Hawai en 1967;⁹¹ Nebraska en 1969;⁹² Iowa en 1972; Nueva Jersey en 1974, y Alaska en 1975, ya que en todas ellas el funcionario es designado por la legislatura local, de la cual dependen, con facultades de recibir directamente reclamaciones de los gobernados contra los actos de las autoridades administrativas; con la facultad de investigar y formular propuestas o recomendaciones sin fuerza imperativa, con la obligación de enviar un informe anual al órgano legislativo de la entidad respectiva.⁹³

122. Pero además de los anteriores, han proliferado funcionarios con el nombre de *Ombudsman*, o bien de Oficinas de quejas o de protección de los ciudadanos, pero que carecen del carácter de Comisionados Parlamentarios, ya que son designados por el gobernador respectivo y están vinculados a la administración, e inclusive en algunos estados, es el vicegobernador quien asume esta función de vigilancia sobre las autoridades administrativas, de manera que en todos estos casos se puede hablar del *Executive Ombudsman*, cuyas características describiremos en el inciso VIII de este trabajo.⁹⁴

VII. PROYECTOS DE INTRODUCCIÓN EN OTROS PAÍSES Y EN EL ÁMBITO SUPRANACIONAL O COMUNITARIO

123. A) En forma muy esquemática podemos señalar que la meteórica trascendencia de la institución escandinava, además de los ordenamientos en los cuales se ha introducido y que hemos señalado brevemente con anterioridad, se encuentra en estudio en otros varios órganos legislativos, y de acuerdo con la experiencia comparativa anterior, no es aventurado

⁹¹ El texto español de la Ley de Hawai de 1967, está contenida como apéndice, tanto en la obra de Rowat, cit., *supra* nota 7, pp. 446-449, como en la de Gil Robles y Gil Delgado, Álvaro, *El control parlamentario de la administración*, cit., *supra* nota 12, pp. 281-285.

⁹² El texto de la iniciativa que dio lugar a la citada Ley de Nebraska, puede consultarse en italiano en la obra *Ricerca sul Commissario Parlamentare*, cit., *supra* nota 36, pp. 171-175.

⁹³ Cfr. Gil Robles y Gil Delgado, Álvaro, *El control parlamentario de la administración*, cit., *supra* nota 12, pp. 139-145.

⁹⁴ Cfr. Wyner, Alan J., "Executive Ombudsman and Criticism of Contemporary American Public Bureaucracy", en su libro, cit., *supra* nota 89, pp. 3-15.

sostener que, en un futuro más a menos próximo, podremos constatar su creación en esos ordenamientos.

124. Además de los proyectos legislativos presentados en los Parlamentos federales de Canadá y los Estados Unidos (véase *supra* párrafos 115 y 120), se han elaborado varias iniciativas, entre las cuales destacan, en primer lugar, la propuesta formulada por la Comisión de Reformas Administrativas Federales de la India, presentada en 1966, en la que se recomienda la creación de una autoridad que se ocupe de las quejas contra ministros y secretarios del gobierno, con el nombre de *Lokpal* y además, el establecimiento de otros funcionarios con el nombre de *Likayuta*, para investigar la conducta de las autoridades administrativas, tanto nacionales como de las Entidades federativas, y las características de todos ellos serían similares por su designación, autonomía, facultades de investigar y formular propuestas, así como informes anuales, con el *Ombudsman* escandinavo y sus modalidades en Gran Bretaña y Nueva Zelanda.⁹⁵

125. En Italia los proyectos de introducción de instituciones similares al *Ombudsman*, con el nombre de *Difensore Civico* se encuentran en un estado de avanzada elaboración, e inclusive, como lo mencionamos anteriormente, algunos de esos proyectos han sido aprobados, a través de las leyes que establecieron los Defensores Cívicos de las Regiones de Toscana y Liguria (véase *supra* párrafos 109 y 110).

126. Actualmente se encuentran en estudio en el Parlamento italiano tres proyectos de Defensores Cívicos nacionales, el primero presentado en la Cámara de Diputados por el representante Bozzi, el 10 de julio de 1968; y los otros dos en el Senado de la República, para el establecimiento de un Comisionado Parlamentario para las fuerzas armadas, presentados el 21 de octubre de 1968 por los senadores Anderlini y otros y, el 3 de febrero de 1971, por los senadores Sema y otros.⁹⁶

⁹⁵ El texto de esta propuesta puede consultarse en su traducción castellana en la obra de Rowat, cit., *supra* nota 7, pp. 450-456. Por su parte, Stacey, Frank, *Ombudsmen Compared*, cit., *supra* nota 12, p. 231, afirma que se han establecido tres *Ombudsman* a nivel local en la India, es decir, en el Estado de Maharashtra en 1971, y en los de Bihar y Rajasthan en 1973.

⁹⁶ Cfr., entre otros, Cannata, Francesco, "L'Ombudsman in Italia. In margine alle proposte di legge per l'istituzione del Difensore Civico", *Rivista Amministrativa della Repubblica Italiana*, Roma, febrero, marzo, abril y mayo de 1969, pp. 100-114; 192-201; 260-269, y 347-361, respecti-

127. También se han presentado iniciativas para establecer Defensores Cívicos regionales y aun para algunas ciudades italianas, y al respecto podemos mencionar los proyectos para las regiones de Lacio, Liguria y del Trentino-Alto Adigio, así como para la ciudad de Milán.⁹⁷

128. Con ciertas modalidades, todos estos proyectos se inspiran claramente en el modelo sueco y en las experiencias de otros ordenamientos que lo han introducido posteriormente, y por lo tanto, se ha propuesto el establecimiento de funcionarios dependientes del organismo legislativo nacional, regional, o inclusive los cuerpos representativos municipales, en su caso, otorgando a los propios funcionarios la facultad de fiscalizar las actividades de las autoridades administrativas, recibir las reclamaciones de los gobernados, formular recomendaciones no imperativas y presentar un informe anual ante el propio organismo legislativo.⁹⁸

129. B) En el ámbito supranacional y comunitario, también se observa la tendencia hacia la creación de funcionarios u organismos con actividades similares a las del *Ombudsman* o Comisionado Parlamentario, y en este sentido es posible sostener que son parecidas a las de los *Ombudsman* que hemos examinado, las atribuciones que se otorgan al Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas,⁹⁹ por el Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 16 de diciembre de 1966, para recibir

vamente; La Pergola, Antonio, "Introduzione" a la obra *Ricerca sul Commissario Parlamentare*, cit., *supra* nota 36, especialmente pp. 17-27; en la inteligencia de que los textos de los proyectos mencionados figuran en el citado libro, pp. 209-230; *idem*, "In margine alle proposte per l'istituzione di un 'Difensore Civico'", en el libro colectivo *Studi in memoria di Orazio Condorelli*, Milán, 1974, vol. II, pp. 731-759; Napione, Giovanni, *L'Ombudsman. Il controllore della pubblica amministrazione* Milán, 1969, pp. 203-280.

⁹⁷ Dichos proyectos pueden consultarse en la obra mencionada en la nota anterior, *Ricerca sul Commissario Parlamentare*, pp. 231-243.

⁹⁸ Cfr. La Pergola, Antonio, "In margine alle proposte per l'istituzione di un 'Difensore Civico'", cit., *supra* nota 96, pp. 748-759.

⁹⁹ Cfr., entre otros, Humprey, John, "Los derechos humanos. Las Naciones Unidas y el año de 1968", *Revista de la Comisión Internacional de Juristas*, Ginebra, junio de 1968, pp. 16-26; "La petición individual", *La Revista*, de la propia Comisión Internacional de Juristas, marzo de 1970, pp. 27-32; Hoare, Samuel, "Recent Developments in the United Nations Concerning the Protection of Human Rights", en la obra colectiva *René Cassin amicorum discipulorumque liber*, tomo I, *Problèmes de protection internationale des droits de l'homme*, París, 1969, pp. 101-107.

las reclamaciones de las personas físicas que se encuentren bajo la jurisdicción de los Estados signatarios del citado Protocolo, por la violación de los derechos fundamentales enunciados en el Pacto Internacional respectivo, siempre que hubiesen agotado los recursos internos disponibles.¹⁰⁰

130. En efecto, según los artículos 4o. a 6o. del mencionado Protocolo Facultativo, el Comité de Derechos Humanos, comunica al Estado parte de la reclamación que se ha hecho en su contra, a fin de que informe por escrito sobre el asunto y las medidas que hubiese tomado al respecto, y con este informe el propio Comité formula sus observaciones al propio Estado a quien se impute la violación y a la persona física reclamante, e incluye dentro del informe general que debe presentar a la Asamblea General de las Naciones Unidas, en los términos del artículo 45 del Pacto respectivo, un resumen de sus actividades en relación con las reclamaciones recibidas.

131. Tomando como base las atribuciones encomendadas al citado Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas para investigar las quejas de las personas físicas por violación de los derechos humanos consignados en el Pacto Internacional respectivo, y que guardan cierta semejanza con las encomendadas al *Ombudsman*, sería bastante sencillo, al menos en sus aspectos formales, establecer un Comisionado de la Asamblea General que pueda equipararse con mayor propiedad al modelo escandinavo, lo que en nuestro concepto sería sumamente provechoso para la protección eficaz de los propios derechos fundamentales.

132. Por otra parte, existe la posibilidad de la creación de un *Ombudsman Europeo*, como Comisionado del Parlamento Comunitario, que fue vigorizado considerablemente a través de la reciente elección popular de sus miembros, ya que, por una parte, un buen número de los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros de la Comunidad Europea ya ha establecido la institución a nivel nacional, y por la otra, se advierte la tendencia regional para llevar estos instrumentos nacionales al nivel comunitario, si se toman en cuenta las recomendaciones aprobadas, el 29 de noviembre de 1974, por la Comisión Jurídica del Consejo de Europa, con motivo de

¹⁰⁰ Cfr. Fix-Zamudio, Héctor, "Introducción al estudio procesal comparativo...", cit., *supra* nota 2, p. 173, *idem*, "Los derechos humanos y su protección ante las jurisdicciones nacionales", en la obra colectiva *Miscellanea W. J. Ganshof van der Meersch*, Bruselas-París, 1972, p. 111.

la reunión efectuada en París del 18 al 24 de abril de 1974, de todos los *Ombudsmen* y Comisionados Parlamentarios de los Estados miembros del citado Consejo, conjuntamente con expertos y observadores.¹⁰¹

VIII. LA FIGURA DEL *EXECUTIVE OMBUDSMAN*

133. Ya hemos mencionado con anterioridad que aun los ordenamientos escandinavos que han servido de modelo a la institución clásica del *Ombudsman* concebido como un Comisionado Parlamentario, han introducido, al lado del sistema original, algunos funcionarios con atribuciones similares, pero designados por el organismo ejecutivo, como ocurre con Suecia con los llamados *Ombudsman* para los consumidores y para la libertad económica (véase *supra* párrafo 24), así como el *Ombudsman* noruego para la protección de los consumidores (véase *supra* párrafo 42), sin olvidar al importante *Médiateur* francés, que también es designado por el ejecutivo, si bien este último no puede destituirlo libremente (véase *supra* párrafo 100).

134. Pero en estricto sentido, esta figura del *Executive Ombudsman* ha florecido vigorosamente en los Estados Unidos, como instrumento jurídico paralelo al arquetipo clásico del Comisionado Parlamentario, debido a un conjunto de factores, entre ellos las circunstancias de que el ordenamiento constitucional estadounidense federal tiene carácter presidencialista —lo que influye en los gobiernos de las entidades federativas—, pero también en virtud de que resulta más sencillo establecer este tipo de funcionarios, debido a que requieren de menores formalidades jurídicas, es decir, no es necesario apoyarse forzosamente en una ley específica, y, además, no plantean complicados problemas políticos.¹⁰²

135. Pero no debe olvidarse que en Estados Unidos también se han implantado Comisionados Parlamentarios en varias de las entidades federativas (véase *supra* párrafo 119), lo que significa que simultáneamente

¹⁰¹ Cfr. Gil Robles y Gil Delgado, Álvaro, *El control parlamentario de la administración*, cit., *supra* nota 12, pp. 209-213, autor que transcribe en la última página citada, el texto castellano de la recomendación mencionada.

¹⁰² Cfr. Anderson, Stanley V., "Comparing Classical and Executive Ombudsman", en la obra colectiva *Executive Ombudsman in the United States*, cit., *supra* nota 89, pp. 307-315.

se están ensayando ambos instrumentos jurídicos para la defensa de los derechos e intereses legítimos de los gobernados, sin que pueda señalarse, en la situación actual, cuál de ellos tendrá predominio en el futuro.

136. Por tanto, es posible mencionar varios ejemplos de *Ombudsman* designados por el organismo ejecutivo, y que han funcionado razonablemente en varias esferas, particularmente en algunas ciudades o entidades federativas estadounidenses, y entre ellas es posible destacar la oficina de quejas del Ayuntamiento de Chicago;¹⁰³ la Oficina de información y quejas de Honolulu;¹⁰⁴ las delegaciones municipales de la ciudad de Boston;¹⁰⁵ el *Ombudsman* del condado de Nassau, en la ciudad de Nueva York;¹⁰⁶ Los vicegobernadores de algunas entidades federativas;¹⁰⁷ la oficina de auxilio ciudadano en Iowa;¹⁰⁸ el *Ombudsman* de Oregón, que oficialmente ha recibido la denominación clásica;¹⁰⁹ y así pudiéramos seguir enumerando oficinas y funcionarios dependientes, pero con cierta autonomía, de los organismos ejecutivos y que están funcionando en diversas ciudades y entidades de los Estados Unidos.¹¹⁰

137. Consideramos muy agudas las observaciones del tratadista estadounidense Stanley V. Anderson, cuando afirma, al comparar los modelos clásicos y el más reciente del *Ombudsman* dependiente del ejecutivo, que este último no debe considerarse como una corrupción o distorsión del primero, sino más bien una variación del mismo, con el que puede combinarse, ya que cada uno de los dos sistemas de *Ombudsman* poseen

¹⁰³ Cfr. Wyner, Alan J., "Complaining to City Hall: The Chicago Approach", en el libro mencionado en la nota anterior, pp. 17-44.

¹⁰⁴ Cfr. Moore, John E., "Honolulu's Office of Information and Complaint, Approach", en el libro mencionado en la nota anterior, pp. 17-44.

¹⁰⁵ Cfr. Nordlinger, Eric A., "Boston's Little City Halls: Citizens as Clients", en la misma obra, pp. 71-110.

¹⁰⁶ Cfr. Hannon, Philip J., "The Nassau County Ombudsman", en la obra mencionada en las notas anteriores, pp. 111-113; Anderson, Stanley V., "Annual Reports of the Commissioner of Accounts County of Nassau (1966-1967)", en su obra *Ombudsman Papers*, cit., *supra* nota 1, pp. 125-168.

¹⁰⁷ Cfr. Wyner, Alan J., "Lieutenant Governors as Political Ombudsman", *Executive Ombudsman in the United States*, cit., *supra* nota 89, pp. 135-149.

¹⁰⁸ Cfr. Liston, Albert M., "The Office of the Iowa Citizens' Aide", en la obra citada en la nota anterior, pp. 151-188.

¹⁰⁹ Cfr. Capps, Douglas L., "Executive Ombudsman: The Oregon Experience", en el libro mencionado en las dos notas anteriores, pp. 189-231.

¹¹⁰ Cfr. Gil Robles y Gil Delgado, Álvaro, *El control parlamentario de la administración*, cit., *supra* nota 12, pp. 143-145, y nota 10 de la p. 144.

ventajas e inconvenientes, pero ambos pueden constituir instrumentos eficaces para tutelar los derechos de los gobernados y para mejorar los servicios públicos de la administración.¹¹¹

IX. EL PROMOTOR DE LA JUSTICIA DE PORTUGAL Y EL DEFENSOR DEL PUEBLO EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978

138. Las instituciones más recientes en el derecho continental europeo han sido las introducidas en los ordenamientos de dos países ibéricos, que surgieron de prolongadas dictaduras autoritarias, para evolucionar hacia regímenes democráticos, en los cuales se establecieron las instituciones tutelares de los derechos humanos como una reacción muy explicable contra el desconocimiento de tales derechos durante muchos años.

139. A) El primer *Ombudsman* ibérico en aparecer recibió el nombre de *Promotor de la Justicia (Provedor de Justiça)* en virtud del Decreto-ley del 21 de abril de 1975, cuyo artículo 1o. le otorgó la misión fundamental de asegurar la justicia y legalidad de la administración pública a través de medios informales, investigando las quejas de los ciudadanos contra la administración y procurándoles soluciones adecuadas.¹¹²

140. Las facultades otorgadas a este funcionario son muy amplias, tanto por lo que se refiere a las autoridades fiscalizadas, que corresponden a todos los sectores de la actividad administrativa, incluyendo las entidades locales y todos los servicios y empresas públicas, entidades autónomas locales y personas colectivas del derecho público (artículo 5o. inciso 1, de la Ley), como por lo que respecta a la reclamaciones de los gobernados, que puede recibir directamente, sin sujetarse a plazos ni formalidades, pues se pueden presentar oralmente y sin exigirse el interés personal del reclamante (artículo 7o. y 8o.); pero además dicho Promotor puede actuar por cuenta propia (artículo 9o.).

¹¹¹ Cfr. Anderson, Stanley V., "Comparing Classical and Executive Ombudsman", cit., *supra* nota 102, p. 314.

¹¹² El texto castellano de la ley mencionada de 1975, puede consultarse tanto en la obra de Gil Robles y Gil Delgado, Álvaro, *El control parlamentario de la administración*, cit., *supra* nota 12, pp. 291-297, quien califica a la institución como "Provedor de la Justicia"; y también en la versión de Pellón, Ricardo, *Documentación Administrativa*, Madrid, núm. 179, julio-septiembre de 1978, pp. 444-449, quien utiliza el vocablo, a nuestro modo de ver más adecuado, de "Promotor de la Justicia".

141. El Promotor de la Justicia carece de facultades para modificar o anular los actos administrativos, ya que únicamente puede recomendar dicha modificación o anulación a las autoridades administrativas competentes (artículo 14), y sus decisiones, incluyendo el archivo del procedimiento, deben ser comunicadas a los reclamantes y a los organismos o funcionarios contra los cuales se presentaron las quejas (artículo 15).¹¹³

142. De acuerdo con la ley mencionada de 1975, el Promotor de la Justicia era designado por el Presidente de la República, de una lista de tres nombres presentados por el Primer Ministro y el Ministro de Justicia (artículo 2o.), por lo que funcionó como *Executive Ombudsman* hasta que se promulgó la Constitución de 1976,¹¹⁴ cuyo artículo 24 transformó la institución en un Comisionado Parlamentario, según el modelo clásico, ya que en dicho precepto se estableció que debería ser designado por la Asamblea Nacional.

143. En los términos de dicho artículo 24 constitucional, situado en el título I, que se contrae a los principios generales de la Parte I de la Carta Suprema, sobre “derechos y libertades fundamentales”, los ciudadanos pueden presentar quejas por actos u omisiones de los poderes públicos, al Promotor de la Justicia, quien las apreciará sin facultades decisorias, dirigiendo a los órganos competentes las recomendaciones necesarias para prevenir y reparar injusticias, pero las funciones de dicho Promotor son independientes de los instrumentos de jurisdicción voluntaria o contenciosa previstos en la Constitución y las leyes.¹¹⁵

144. B) Más recientemente, la Constitución democrática española, ratificada en el referéndum del 6 de diciembre de 1978, siguió el ejemplo de la legislación portuguesa y consagró la figura del *Defensor del Pueblo* en su artículo 54, situado en el capítulo cuarto del título primero, de la referida

¹¹³ Cfr. Gil Robles y Gil Delgado, Álvaro, *op. ult. cit.*, pp. 184-186.

¹¹⁴ Sobre las observaciones hechas al referido precepto constitucional en el momento de su votación, cfr. Caldeira, Reinaldo y Céu Silva, María, *Constituição Política de República Portuguesa*, 1976, Lisboa, 1976, pp. 514-518.

¹¹⁵ En la parte relativa de la exposición de motivos del Decreto Ley que estableció al citado Promotor en 1975, se expuso: “4. Poniéndose en contacto directamente y sin formalidad alguna con los ciudadanos, actuando en un plano de absoluta y rigurosa independencia frente a todos los órganos de la administración, iniciando su actividad por iniciativa propia o a consecuencia de reclamaciones que se le dirijan, con acceso abierto e inmediato a todos los sectores administrativos, pudiendo efectuar las inspecciones, preguntas y exámenes que tenga por necesarios,

Carta Constitucional, capítulo que regula las garantías de las libertades y derechos fundamentales.¹¹⁶

145. El precepto constitucional es muy escueto, pero del mismo podemos concluir que el propósito del constituyente fue la creación de un *Ombudsman* en su sentido clásico, es decir, como "Comisionado de las Cortes Generales", designado por éstas para la defensa de los derechos comprendidos en el referido título primero denominado "De los derechos y deberes fundamentales",¹¹⁷ y sus facultades están dirigidas a supervisar la actividad de la administración, dando cuenta a las propias Cortes Generales sobre el ejercicio de sus funciones.

146. Corresponderá a la ley orgánica respectiva establecer con precisión las atribuciones y la estructura del Defensor del Pueblo, por lo que hasta entonces será posible analizar específicamente los lineamientos concretos de la institución, cuyos principios básicos establecidos en la Ley Suprema se aproximan bastante al modelo del Comisionado Parlamentario escandinavo y de otros países que han seguido sus huellas,

el Promotor de la Justicia constituirá un garante de los derechos y libertades de los ciudadanos y un factor decisivo en una verdadera y auténtica democratización de la vida nacional".

¹¹⁶Cfr. La Pergola, Antonio, "Ombudsman y Defensor del Pueblo. Apuntes para una investigación comparada", *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, enero-febrero de 1979, pp. 69-92, especialmente pp. 82 y ss.; Verdú, Lucas, "Comentario al título I", pp. 142-143, en la obra colectiva, *Constitución española. Edición comentada*, Madrid, 1979; Alzaga, Óscar, *La Constitución española de 1978. (Comentario sistemático)*, Madrid, 1978, pp. 351-356; Gómez Reino y Carnota, Enrique, "Las libertades públicas en la Constitución", en la obra colectiva *Lecturas sobre la Constitución española*, 2a. ed., Madrid, 1979, tomo I, pp. 60-61. Y como estudios comparativos destinados a divulgar la institución del *Ombudsman* en España, podemos citar, además del libro de Gil Robles y Gil Delgado, Álvaro, *El control parlamentario de la administración*, que hemos mencionado en numerosas ocasiones, *supra* nota 12, y quien se refiere a la posibilidad de su establecimiento en la propia España, pp. 223-241; también debe mencionarse el documentado estudio del tratadista Pellón, Ricardo, "Las metamorfosis del 'Ombudsman'", *Documentación Administrativa*, Madrid, núm. 161, septiembre-octubre de 1974, pp. 17-79; así como el trabajo comparativo de Pitarch, Ismael E., "El *Ombudsman* en el Estado intervencionista", en el libro colectivo *El control parlamentario del gobierno en las democracias pluralistas*, cit., *supra* nota 9, pp. 420-433.

¹¹⁷En efecto, el citado artículo 54 constitucional dispone textualmente: "Una ley orgánica regulará la institución del Defensor del Pueblo, como alto comisionado de las Cortes Generales, designado por éstas para defensa de los derechos comprendidos en este título, a cuyo efecto podrá supervisar la actividad de la administración, dando cuenta a las Cortes Generales".

pero en cambio resulta hasta cierto punto novedoso lo dispuesto en los incisos a) y b) de la fracción I del artículo 162 de la misma Carta de 1978, en cuanto se otorga legitimación al mencionado Defensor del Pueblo para interponer el recurso de inconstitucionalidad, y además, paralelamente al Ministerio Fiscal, el recurso de amparo; ambas instancias ante el Tribunal Constitucional establecido por dicha Ley Fundamental.¹¹⁸

147. Es cierto que el *Ombudsman* establecido en los países escandinavos tiene facultades similares a las del Ministerio Público, en cuanto puede solicitar ante los tribunales ordinarios la aplicación de sanciones, inclusive de orden criminal, en contra de los funcionarios que incurran en faltas o delitos (véase *supra* párrafos 19, 30, 36), lo que ocurre muy excepcionalmente, pero ninguno de ellos puede interponer demandas judiciales para la tutela de los derechos fundamentales, o bien para impugnar la inconstitucionalidad de las disposiciones legislativas que afecten los derechos de los administrados, por lo que debe estimarse como un instrumento innovador el introducido en este aspecto por la Constitución española, y corresponderá a la futura ley orgánica sobre el Defensor del Pueblo fijar el alcance de esta atribución.

X. LA POSIBILIDAD DE LA INTRODUCCIÓN DEL *OMBUDSMAN* EN EL ÁMBITO LATINOAMERICANO Y ESPECÍFICAMENTE EN MÉXICO

148. Hasta el momento han sido muy escasos los intentos para crear la figura del *Ombudsman*, ya sea parlamentario o ejecutivo, en los ordenamientos latinoamericanos, en virtud de que ha predominado la idea de que es una institución que se encuentra muy lejana de nuestra tradición jurídica. Sin embargo, la circunstancia de que se hubiese introducido en las Constituciones democráticas de Portugal y de España, es previsible que despierte entre los juristas de nuestra región mayor interés por analizar este instrumento protector de los derechos de los administrados.

¹¹⁸ Además de los autores mencionados, cfr. el estudio de Ull Pont, Eugenio, "El Defensor del Pueblo", en la obra colectiva *Lecturas sobre la Constitución española*, cit., *supra* nota 116, Madrid, 1978, tomo II, pp. 467-492.

149. Al respecto debe señalarse que se han elaborado algunos estudios, e inclusive, proyectos legislativos para introducir, con diversos nombres, el *Ombudsman* en algunos países de América Latina, tomando en cuenta también que se han creado instituciones similares, en particular para la protección de los débiles en el consumo.

150. En esta dirección podemos destacar el análisis comparativo entre el *Ombudsman* escandinavo y el Fiscal General venezolano que realizó el conocido tratadista Humberto J. La Roche, pero sin formular proposiciones concretas para su introducción en ese país sudamericano,¹¹⁹ en tanto que el distinguido constitucionalista colombiano Carlos Restrepo Piedrahita mencionó, en un estudio muy reciente, los diversos proyectos presentados ante el Congreso de su país, a partir de la proposición formulada por el senador Augusto Espinosa Valderrama, en julio de 1964, y por conducto de varias iniciativas posteriores en las que se pretendió introducir el *Ombudsman* en su sentido clásico, con los nombres de *Veeduría de la Administración*, *Procurador Parlamentario*, *Defensor de los Derechos Humanos*, etcétera.¹²⁰

151. En México se han elaborado algunos estudios de tipo comparativo, que mencionamos anteriormente; el "Prólogo" redactado por Daniel Escalante a la traducción española del libro clásico coordinado por Donald C. Rowat (véase *supra* párrafo 4); el escrito por el autor de este trabajo como parte de una monografía más amplia, así como el análisis de Juventino V. Castro, quiso proponer ya concretamente la introducción de un *Ombudsman* ejecutivo, dentro del ámbito de las facultades del Presidente de la República, con apoyo en el artículo 8o. de la Ley Orgánica de la Administración Pública.¹²¹

152. Pero con independencia del posible establecimiento de un *Ombudsman* en sentido estricto, es decir, para fiscalizar las actividades de las autoridades administrativas, se ha dado un primer paso, al introducir una institución similar a través de la protección al débil en el consumo, que en los ordenamientos de Suecia y de Noruega están encomendados

¹¹⁹ Cfr. La Roche, Humberto, "El *Ombudsman* en los países nórdicos y el caso de Venezuela", cit., *supra* nota 6, especialmente pp. 40-44, sobre las funciones del Fiscal General en Venezuela, como la figura jurídica que en su concepto más se asemeja a la institución escandinava.

¹²⁰ Cfr. Restrepo Piedrahita, Carlos, "La idea del *Ombudsman* en Colombia", cit., *supra* nota 9, especialmente, pp. 442-454.

¹²¹ Cfr. Castro, Juventino V., "El *Ombudsman* escandinavo y el sistema constitucional mexicano", cit., *supra* nota 10, p. 118, nota 32.

a funcionarios calificados como *Ombudsman* (véase *supra* párrafos 24 y 42).

153. En esta dirección, se expidió la Ley Federal de Protección al Consumidor del 19 de diciembre de 1975, en vigor a partir del 5 de febrero de 1976, que introdujo una institución denominada Procuraduría Federal del Consumidor, con antecedentes inmediatos, aun cuando no necesariamente tomados como modelos en las Leyes de Protección y Defensa del Consumidor, expedidas en Venezuela (5 de agosto de 1974) y en Costa Rica (28 de febrero de 1975), respectivamente.

154. Según el artículo 57 del referido ordenamiento mexicano, la Procuraduría Federal del Consumidor es un organismo descentralizado de servicio social, con funciones de autoridad, con personalidad jurídica y patrimonio propio, establecido para promover y proteger los derechos e intereses de la población consumidora, y a su frente, según los artículos 60 y 61 del citado ordenamiento, se encuentra el funcionario denominado Procurador Federal del Consumidor, designado por el Presidente de la República, por lo que entraría, en su caso, dentro de la categoría de *Executive Ombudsman*, si bien todavía con atribuciones imprecisas en cuanto a investigación y recomendaciones, y por otra parte, la actividad de la Procuraduría respectiva está dirigida esencialmente a fiscalizar las actividades de los proveedores en beneficio de los consumidores, y sólo excepcionalmente, respecto de autoridades administrativas.¹²²

155. Entre las facultades de la mencionada Procuraduría Federal del Consumidor, se encuentran varias que aproximan esta institución en cierta manera, a la figura del *Ombudsman*, ya que de acuerdo con el artículo 59 de la ley respectiva, se establecen, entre otras, las dirigidas: a) a estudiar y proponer medidas encaminadas a la protección del consumidor (fracción IV); b) a denunciar ante las autoridades competentes los casos de violación de precios, normas de calidad, peso, medida y otras características de los productos y servicios que lleguen a su conocimiento; los casos en que se presume la existencia de prácticas monopólicas o tendentes a la creación de monopolios; ante el Ministerio Público, los hechos que lleguen a su conocimiento y que puedan ser constitutivos de delitos; así como, además, y

¹²² Cfr. Barrera Graf, Jorge, "La Ley de Protección del Consumidor", y Codinach, María de Lourdes, "Protección al consumidor" ambos en *Jurídica*, México, núms. 8 y 10, tomo I, julio de 1976 y julio de 1978, pp. 194-202, pp. 321-349, respectivamente; Ovalle Favela, José, "Algunos problemas procesales de la protección al consumidor en México", *Anuario Jurídico*, V-1978, México, 1979, pp. 37-54.

en su caso, ante el superior jerárquico de la autoridad responsable, de los hechos que lleguen a su conocimiento, derivados de la aplicación de la propia ley, que puedan constituir delitos, faltas, negligencias u omisiones oficiales (fracciones VI, VII, IX y XI); c) formular proposiciones (excitar) a las autoridades competentes a fin de que tomen las medidas adecuadas para combatir, detener, modificar, o evitar todo género de prácticas que lesionen los intereses de los consumidores o de la economía popular (fracción IX); d) recibir las reclamaciones de los consumidores en contra de los proveedores, sean éstos personas físicas o colectivas, a las que se les solicitará informes, con el propósito de conciliar a las partes, y en su caso, si las mismas están de acuerdo, la referida Procuraduría puede actuar como amigable compo- nedor o como árbitro, pero sin efectos vinculatorios, ya que .cuando se falte al cumplimiento voluntario de lo convenido en la conciliación o en el laudo arbitral, el interesado debe acudir ante los tribunales ordinarios para la ejecución de uno u otro instrumento (fracción VIII).

156. Advertimos la ausencia de la obligación de rendir informes especiales así como el informe anual respectivo, que constituyen aspectos esenciales de las actividades del *Ombudsman*, ya que, a través de ellos, esta institución ejerce una presión moral muy importante sobre las autoridades administrativas y le permite señalar las medidas necesarias para mejorar los servicios públicos y corregir errores y deficiencias; si bien en el artículo 66 del ordenamiento respectivo se otorga a la mencionada Procuraduría Federal del Consumidor, para el desempeño de las funciones correspondientes, el uso de medios de apremio, como son la multa y el auxilio de la fuerza pública.¹²³

XI. CONCLUSIONES

157. De las breves reflexiones comparativas que hemos hecho con anterioridad, podemos llegar a las siguientes conclusiones, expuestas de manera sintética:

¹²³ En efecto, el artículo 66 de la Ley Federal de Protección al Consumidor, establece que: "La Procuraduría Federal del Consumidor, para el desempeño de las funciones que le atribuye la ley, podrá emplear los siguientes medios de apremio: I. Multa hasta de veinte mil pesos. II. El auxilio de la fuerza pública. Si fuere insuficiente el apremio se procederá contra el rebelde por delito en contra de la autoridad".

158. *Primera.* La figura del *Ombudsman* palabra sueca que significa representante, empezó a divulgarse en la primera posguerra en los restantes países escandinavos, después de haber permanecido en forma oscura en la legislación sueca a partir de 1809, y al terminar la Segunda Guerra Mundial, se advierte su influencia en los más diversos ordenamientos, de una manera crecientemente acelerada, a tal grado que se ha podido calificar sin exageración como “institución universal”.

159. *Segunda.* Los motivos por los cuales el *Ombudsman* ha tenido ese éxito tan extraordinario en la últimas décadas, son bastante complejos, pero podemos señalar, entre los que se mencionan con mayor frecuencia, el desorbitado crecimiento de las actividades administrativas en virtud del establecimiento en los países que continúan con la tradición de la democracia occidental, del llamado Estado social, de bienestar, gestor, *manager*, distribuidor, etcétera, expresiones que señalan la irreversible intervención de la propia administración en actividades sociales, económicas y culturales, con lo cual se afecta, en grado creciente, la esfera jurídica de los gobernados, para cuya tutela los medios tradicionales, como los recursos administrativos internos y la justicia administrativa, se han vuelto insuficientes para proteger eficazmente los derechos y los intereses legítimos de los administrados, debido al gran retraso en resolverse y a su elevado costo.

160. *Tercera.* El *Ombudsman* cuya denominación ya se ha consagrado en numerosas legislaciones, o bien, en la doctrina y la jurisprudencia, no obstante los nombres que se le han dado en varios ordenamientos; implica una institución que llena una necesidad ineludible, en virtud de la carencia de instrumentos efectivos de tutela de los derechos e intereses legítimos de los administrados, ya que significa la posibilidad para estos últimos de acudir a funcionarios que pueden recibir directa o indirectamente sus reclamaciones, sin necesidad de formalidades procesales; funcionarios facultados para realizar investigaciones inmediatas, que les permite formular recomendaciones para solucionar, en forma rápida y sin gastos excesivos para los interesados, los problemas constantes que afectan cotidianamente a los gobernados.

161. *Cuarta.* Además de las facultades del *Ombudsman* para realizar investigaciones que conduzcan a soluciones expeditas y satisfactorias en un porcentaje bastante importante de controversias administrativas, que de esta manera no es necesario plantear ante los órganos de la justicia administrativa, verdaderamente saturada por el aumento incesante de

las impugnaciones, también resultan de gran trascendencia sus informes, generalmente anuales, que presentan ante el parlamento o el ejecutivo, o a ambos, en los cuales se advierten claramente los sectores más sensibles de la administración, lo que ha llevado a algunas legislaciones a conferir al propio *Ombudsman* la atribución de señalar los errores y deficiencias que observen en la actividad administrativa o incluso en los ordenamientos en las cuales se apoya, para sugerir las modificaciones que permitan corregir tales vicios, lo que se ha traducido en el mejoramiento constante en este amplísimo sector, incluyendo la tendencia a humanizar las siempre difíciles relaciones entre la administración y los gobernados.

162. *Quinta*. Si bien es impresionante el gran número de legislaciones que han adoptado las instituciones, pertenecientes, además, a diversas familias o sistemas jurídicos y a distintas formas de gobierno —debiendo tomarse en cuenta, además, que en los países socialistas una función similar es realizada por la Procuratura—, sólo pudimos efectuar un examen panorámico de los ordenamientos en los cuales se ha constatado su funcionamiento satisfactorio o inclusive a un nivel elevado de eficiencia, señalando también los matices que el propio *Ombudsman* ha experimentado al adaptarse a las necesidades peculiares de cada país.

163. *Sexta*. De este examen panorámico podemos destacar, en forma muy sintética, que el modelo escandinavo, en términos generales puede calificarse como un Comisionado Parlamentario, ya que es designado por el órgano legislativo, ante el cual responde y debe rendir informes, pero con autonomía respecto del mismo, en cuanto posee estabilidad y además no recibe del mismo instrucciones específicas, sino exclusivamente de carácter general; pero se caracteriza, además, por el acceso directo de los afectados, con la posibilidad de realizar de oficio las investigaciones de la actividad administrativa. Este arquetipo ha sido establecido con ligeras variantes en varios ordenamientos, tanto de Europa continental como de la familia jurídica angloamericana, y en esta dirección podemos señalar el Comisionado Parlamentario para asuntos militares en la República Federal de Alemania, y el introducido para asuntos administrativos en Renania-Palatinado de la misma República Federal; a los Defensores Cívicos de algunas regiones italianas; y, recientemente, al Promotor de la Justicia de Portugal y al Defensor del Pueblo en la Constitución española de 1978. Por lo que se refiere a los ordenamientos angloamericanos, pueden mencionarse entre los más próximos al modelo escandinavo, los

Comisionados Parlamentarios, algunos expresamente calificados como *Ombudsman*, de las legislaciones de Nueva Zelanda, Australia (en el ámbito federal y de la mayoría de las entidades federativas); Canadá, en forma similar a la anterior; así como algunas entidades de los Estados Unidos, etcétera.

164. *Séptima*. Entre aquellas instituciones que se apartan, si bien no sustancialmente del arquetipo escandinavo, podemos mencionar a la británica, cuyos Comisionados Parlamentarios no pueden recibir directamente las reclamaciones de los afectados, sino a través de los miembros del Parlamento respectivo, y al llamado *Médiateur* creado por la legislación francesa, que además de compartir con los Comisionados británicos el sistema de acceso indirecto a través de los miembros del Parlamento, es designado por el gobierno y no por el órgano legislativo; pero es autónomo del primero, en virtud de que no puede ser destituido sino por causas calificadas por el Consejo de Estado; pero, además, el modelo francés nos conduce a la modalidad que está ganando terreno en ordenamientos recientes del llamado *Executive Ombudsman*, es decir, el designado por el gobierno y no por el Parlamento y que ha asumido diversos matices en muy distintas materias y ámbitos, particularmente en los Estados Unidos, debido a su sistema de gobierno presidencial.

165. *Octava*. El examen comparativo nos permite analizar la posibilidad de que esta institución pueda introducirse en los ordenamientos latinoamericanos, respecto de los cuales pareciera extraña a primera vista, pero que resulta factible su adaptación, claro que con matices peculiares, en virtud de que responde a una necesidad que se advierte, inclusive con mayor fuerza que en otras legislaciones, en las cuales ya existe, debido al carácter de países en vías de desarrollo, en los cuales es preciso una actividad administrativa todavía más intensa, y por ello ya se advierte una naciente preocupación en la doctrina latinoamericana para analizar al *Ombudsman*, e inclusive se ha intentado su consagración legislativa en Colombia.

166. *Novena*. Podemos señalar como uno de los primeros indicios de la aproximación paulatina a la institución en nuestros ordenamientos, la creación reciente en las legislaciones de Venezuela, Costa Rica y México, de organismos dirigidos a la protección del débil en el consumo; los que poseen facultades de investigación y para proponer soluciones a los problemas que afectan a los consumidores, y que si bien actúan en un campo restringido, es decir, el de la producción y distribución de bienes

y servicios, generalmente por organismos privados, de todas formas estas funciones se pueden ampliar de manera cauta pero creciente hacia la esfera administrativa; tomando en consideración, además, que los funcionarios que realizan atribuciones similares de tutela de los consumidores, en algunos ordenamientos escandinavos, como los de Suecia y Noruega, reciben también la designación de *Ombudsman*.

167. *Décima. En consecuencia, es preciso incrementar el interés y la preocupación de los juristas latinoamericanos en el estudio de esta dinámica institución, ya que estos estudios son escasos en nuestros países y contrastan con el impresionante número de análisis, tanto nacionales como de tipo comparativo (con predominio de estos últimos), que se observa en la bibliografía contemporánea, la cual además no es exclusivamente jurídica, sino que también se extiende a otras disciplinas de carácter social.*

EL OMBUDSMAN Y LA RESPONSABILIDAD DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS EN MÉXICO*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Las reformas de 1982 al título IV de la Constitución Federal*. III. *Concepto genérico del Ombudsman*. IV. *Las funciones del Ombudsman y su relación con la responsabilidad de los servidores públicos*. V. *Conclusiones*. VI. *Bibliografía básica*.

I. INTRODUCCIÓN

1. Uno de los problemas que plantea la institución del *Ombudsman*, que sólo recientemente se ha conocido en el ámbito jurídico latinoamericano, y que de manera paulatina ha sido introducido por el legislador en nuestra región y también en nuestro país, consiste en determinar si sus actividades pueden tener influencia para precisar la responsabilidad de los empleados y funcionarios públicos, lo que resulta de muy difícil aplicación en nuestros ordenamientos y todavía más en la realidad de la administración pública latinoamericana.

2. La función esencial de esta institución de origen escandinavo, que se ha difundido por numerosas legislaciones contemporáneas de las más diversas familias jurídicas, es la de recibir las quejas de los administrados frente a los actos y omisiones de una administración pública cada vez más absorbente como resulta inevitable e irreversible en el Estado social de nuestra época; procurar una solución rápida a las cuestiones planteadas y, de no ser posible, realizar una investigación para concluir con una recomendación no obligatoria que, en su caso, pretende reparar la violación, si considera que ésta se cometió.

* Publicado en *Vínculo Jurídico*, Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Zacatecas, núm. 2, abril-junio de 1990, pp. 39-45.

3. No se encuentra directamente dentro de sus funciones la de sancionar, o solicitar de otros órganos del Estado que se apliquen las sanciones respectivas, cuando la conducta de los agentes administrativos pueda dar origen a su responsabilidad. Sin embargo, las investigaciones y gestiones de este organismo pueden servir de apoyo a las entidades que tienen a su cargo esa atribución de exigir la responsabilidad de los servidores públicos. Se trata de una consecuencia mediata, pero no por ello menos importante de los defensores o procuradores de defensa de los derechos de los gobernados.

4. Sin embargo, en los ordenamientos más recientes, especialmente en el ámbito iberoamericano, debido a los obstáculos que existen en nuestros países para exigir la responsabilidad de las autoridades administrativas, se está abriendo paso la tendencia hacia una mayor participación de los organismos que se comprenden, con diversas denominaciones, dentro del concepto de *Ombudsman*, en procedimientos de responsabilidad, que pueden llegar inclusive a la aplicación de sanciones de carácter penal. En nuestro país se advierte claramente esta situación en cuanto a la reciente Procuraduría de Protección Ciudadana en el Estado de Aguascalientes fue encuadrada dentro de los preceptos de la Ley de Responsabilidades de los Servidores Públicos de dicha Entidad Federativa, reformada en agosto de 1988.

II. LAS REFORMAS DE 1982 AL TÍTULO IV DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL

5. Antes de abordar el tema que se nos ha encomendado y para centrarnos en la situación que impera en nuestro ordenamiento, es preciso hacer referencia a la importante reforma que se realizó en diciembre de 1982, al modificarse en forma sustancial el título IV de nuestra Constitución Federal, relacionado con las responsabilidades de los servidores públicos.

6. En primer término advertimos un cambio en la denominación a este sector de las disposiciones fundamentales, que anteriormente, en su redacción original por el Constituyente de Querétaro, que siguió la misma terminología del título del mismo número de la Carta Federal de 1857, llevaba el nombre "De la responsabilidad de los funcionarios públicos", pues en ambos casos los preceptos respectivos estaban dirigidos en forma preponderante a los procedimientos para regular el juicio político y la declaración

de procedencia en relación con los altos funcionarios de la Federación y de las Entidades Federativas dotados de “fuero” (en realidad inmunidad) de carácter constitucional.

7. En la citada reforma de diciembre de 1982 se utiliza la calificación de “servidores públicos”, no sólo con objeto de introducir elementos de carácter ético, sino también para extender la responsabilidad que estaba dirigida esencialmente a los altos funcionarios, también a los funcionarios menores y a los empleados públicos, ampliándose también las categorías por las cuales puede exigirse, por medio de bases generales que deben aplicar tanto el Congreso de la Unión como las legislaturas de los Estados.

8. Para destacar de manera exclusiva estos aspectos, puesto que excedería los propósitos de este breve trabajo señalar las modalidades introducidas por la citada reforma constitucional en los diversos aspectos de la responsabilidad, nos concretaremos a señalar que, de acuerdo con las bases generales establecidas en el artículo 109 de la Constitución Federal, en su texto vigente, existen tres niveles de responsabilidad de los servidores públicos: a) la responsabilidad política; b) la responsabilidad penal, y c) la responsabilidad administrativa o disciplinaria, todas ellas reguladas en el ámbito federal y del Distrito Federal por la Ley de Responsabilidades, expedida también en diciembre de 1982.

9. Tenemos la convicción de que las dos primeras son de muy difícil aplicación, como lo demuestra la ineficacia de las dos leyes de responsabilidades anteriores a la actual, de 1939 y de 1979, que tuvieron un cumplimiento muy exiguo, pues con excepción de contadas declaraciones de procedencia de la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, sus disposiciones tuvieron aplicación tratándose de delitos y faltas de empleados inferiores, por lo que recibieron las denominaciones populares de “leyes de carteros y de policías”, ya que sólo estos humildes servidores eran quienes se sometían a un procedimiento de responsabilidad penal, además muy poco práctico, puesto que implicaba la participación de un jurado popular, en los términos del párrafo quinto del artículo 111 constitucional en su texto original, jurado que ha sido suprimido con buen criterio en la citada reforma de 1982.

10. Por tanto, consideramos que pueden tener mayor eficacia las reglas relativas a la responsabilidad administrativa o disciplinaria, de acuerdo con la fracción III del citado artículo 109 de la Carta Federal, la que establece: “Se aplicarán sanciones administrativas a los servidores públicos por los

actos u omisiones que afecten la legalidad, honradez, lealtad, imparcialidad y eficiencia que deban observar en el desempeño de sus empleos, cargos o comisiones”.

11. Es en este sector en el cual la intervención de los defensores o procuradores de los derechos de los gobernados, conocidos genéricamente como *Ombudsman*, puede ser de gran utilidad para determinar la aplicación de las sanciones de carácter disciplinario, ya que las investigaciones de esta institución tienen carácter objetivo y pueden servir de apoyo a las autoridades competentes para resolver sobre la responsabilidad administrativa, al menos en los casos en los cuales se han presentado previamente reclamaciones ante los citados organismos.

III. CONCEPTO GENÉRICO DEL *OMBUDSMAN*

12. Aun cuando este tema ha correspondido a otros distinguidos tratadistas que participan en este evento, sin embargo considero necesario resumir, en forma muy breve, las características sustanciales de esta institución, que por su origen escandinavo se califica de *Ombudsman*, pero que ha recibido muy diversos nombres en las diferentes legislaciones que la han regulado, tales como Comisionado Parlamentario, *Médiateur*, Abogacía Popular, Defensor del Pueblo, Promotor de la Justicia, Procurador de los Derechos Humanos, etcétera, aun cuando también existen legislaciones no escandinavas que utilizan oficialmente el vocablo *Ombudsman*, como ocurre, por ejemplo, en los ordenamientos recientes de Australia, algunas de Canadá y Nueva Zelanda.

13. En términos muy amplios puede describirse como el organismo autónomo, cuyo titular es designado por el legislativo, por el ejecutivo, o por ambos, con la función esencial de fiscalizar la actividad administrativa; recibir las reclamaciones de los administrados; gestionar la pronta resolución de las cuestiones planteadas, y de no ser posible, investigar dichas impugnaciones para que si se considera que se han afectado indebidamente los derechos e intereses legítimos de los propios reclamantes, se formulen las recomendaciones no obligatorias a las autoridades respectivas, con objeto de lograr la reparación de las citadas violaciones; presentar informes públicos especiales y periódicos sobre las cuestiones investigadas y sugerir reformas y modificaciones a las prácticas, los reglamentos y las leyes administrativas, para una mejor prestación de los servicios públicos.

14. Uno de los lineamientos que han determinado, paradójicamente, el éxito de la institución del *Ombudsman* ha sido el carácter no obligatorio de sus resoluciones, que por ello son consideradas como simples recomendaciones y que a primera vista pueden parecer inocuas, especialmente en Latinoamérica, y por supuesto en nuestro país, debido a la prepotencia tradicional de los empleados y funcionarios administrativos, que todavía no se han percatado que se han transformado constitucionalmente en “servidores públicos”.

15. Por ello se ha calificado a esta institución como “Magistratura de Opinión, de Persuasión o de Convicción”, ya que pretenden persuadir o convencer a la autoridad contra la cual se presenta una reclamación para que modifique su conducta, cuando ésta se considera lesiva para los derechos o intereses legítimos de uno o varios gobernados. Pero esto no significa que este organismo defensor esté privado de medios que le permitan lograr la reparación que pretende. Entre estos instrumentos se encuentran los informes especiales o periódicos que presenta a los superiores jerárquicos de las autoridades responsables o a los organismos que pueden exigir dicha responsabilidad, ante los cuales tiene que justificarse el empleado o funcionario que se muestra reacio a atender la recomendación respectiva.

16. Por otra parte, el *Ombudsman* es el único medio de defensa de los derechos de los gobernados, ya que viene a complementar los instrumentos tradicionales de los recursos y de los tribunales administrativos ante los cuales pueden acudir los afectados para combatir los actos u omisiones de la administración que les perjudican. Pero tanto los recursos como el proceso administrativo son insuficientes para proteger eficazmente a los afectados, en virtud de su carácter formal y complicado, su larga tramitación y en ocasiones también su onerosidad.

17. Las Defensorías o Procuradurías de los derechos de los administrados tienen la ventaja de su fácil acceso, de su procedimiento flexible, rápido y sencillo, y que pueden actuar, para dictar sus recomendaciones, no sólo con criterios estrictamente legales, que son los que utilizan los medios de defensa tradicionales, sino que también pueden emplear la equidad.

IV. LAS FUNCIONES DEL *OMBUDSMAN* Y SU RELACIÓN CON LA RESPONSABILIDAD DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS

18. Según lo que hemos señalado anteriormente, la actividad de las instituciones que están comprendidas dentro del concepto de *Ombudsman*, se encuentra orientada a lograr una tutela rápida y expedita, por medio de la conciliación y la recomendación de los derechos de los gobernados afectados por la conducta de las autoridades administrativas, por lo que la aplicación directa o bien por medio de su solicitud, de sanciones disciplinarias o, en casos extremos, de carácter penal, no entra como regla general dentro de las funciones directas de este organismo.

19. Sin embargo, por medio de las investigaciones que realizan y el conocimiento que tienen de la situación general de la administración pública en el sector en el cual opera, sus recomendaciones pueden servir de base muy importante a los organismos competentes para conocer y resolver sobre la responsabilidad de los servidores públicos respectivos, para que puedan aplicar las sanciones correspondientes con mayor objetividad.

20. En primer término, si pasamos revista a la mayoría de las legislaciones que regulan a los Comisionados, Defensores o Procuradores que tutelan los derechos de los gobernados frente a la administración, observamos que los mismos están dotados de atribuciones imperativas en cuanto al procedimiento investigador que realizan, de manera que las autoridades respectivas están obligadas a proporcionar informes, a comparecer cuando son requeridas y a proporcionar documentos y otros medios de convicción, a no ser que se trate de informaciones confidenciales, cuyo carácter deben justificar. En fin, en esta materia de investigación, se les dota con poderes muy similares a los de los tribunales, que pueden ejercerlos directamente o por medio de los jueces respectivos, y en esta dirección pueden aplicar o solicitar la aplicación de sanciones disciplinarias, similares a los medios de apremio de los organismos judiciales.

21. Para citar un ejemplo de una institución paralela bien conocida en México, la Procuraduría Federal del Consumidor, como organismo público de asesoramiento, conciliación y arbitraje de los derechos de los consumidores. (No es coincidencia que los organismos de protección al consumidor reciban el nombre de *Ombudsman* en los países escandinavos.) Sin embargo, para poder realizar sus funciones protectoras está facultada para imponer sanciones económicas a los proveedores de bienes y servicios, a fin de que

comparezcan a las audiencias de conciliación y para que cumplan con otros requerimientos establecidos en beneficio de los consumidores, especialmente de los de escasos recursos.

22. Por lo que respecta a las recomendaciones definitivas de los organismos que están comprendidos en el género del *Ombudsman*, es evidente que las mismas, como ya se ha repetido, no poseen carácter imperativo, y tampoco en principio tienen el propósito de imponer directa o indirectamente sanciones disciplinarias o de solicitar ante los tribunales la tramitación de procesos de carácter penal, en los casos más graves.

23. Sin embargo, en algunos países escandinavos, como lo ha señalado la doctrina, especialmente en Suecia, Finlandia y Dinamarca, el *Ombudsman* respectivo está facultado para solicitar sanciones disciplinarias, y cuando considere que existe una conducta delictiva, ejercitar la acción penal directamente o por medio del Ministerio Público. Estas atribuciones se han ejercitado de manera excepcional, por lo que paulatinamente se sustituyeron por un requerimiento más enérgico que la simple recomendación, que la doctrina ha calificado como "recordatorio", cuando se considera que la conducta de la autoridad administrativa es ilícita; recordatorio que tiene dos efectos, el primero es el de la posibilidad de iniciar una persecución penal si la conducta objeto del recordatorio se repite, y el otro de publicidad, puesto que en estos casos se incluyen en el informe anual correspondiente, cuando no se obtiene una solución.

24. Otro ejemplo que podemos señalar, en este sentido, es el capítulo VI de la Ley Orgánica del Defensor del Pueblo español, promulgada el 6 de abril de 1981, que regula las *responsabilidades de las autoridades y funcionarios*, en cuyo artículo 25.1 se dispone que, cuando el citado Defensor, en razón de las funciones propias de su cargo, tenga conocimiento de una conducta o de hechos presumiblemente delictivos, los pondrá de inmediato en conocimiento del Fiscal General del Estado, y en el inciso 2, se agrega que el citado Fiscal General informará periódicamente al Defensor, o cuando éste lo solicite, del trámite en que se hallen las actuaciones iniciadas a su instancia.

25. Finalmente, en el artículo 26 del citado ordenamiento se establece que el Defensor del Pueblo podrá, de oficio, ejercitar la *acción de responsabilidad* contra todas las autoridades, funcionarios y agentes civiles del orden gubernativo o administrativo, incluso local, sin que sea necesaria en ningún caso la previa reclamación por escrito.

26. Menos enfática en esta materia es la ley que regula el Estatuto del Promotor de la Justicia portugués (*Provedor da Justiça*), del 2 de noviembre de 1977, ya que la fracción I de su artículo 33 dispuso que, cuando en el curso del procedimiento ante dicho organismo resultaren indicios suficientes de la realización de infracciones criminales o administrativas, el citado Promotor debe informar según el caso, ya sea al Ministerio Público o a la autoridad jerárquica competente para iniciar el procedimiento disciplinario.

27. Otro ejemplo que podemos proporcionar de otro ordenamiento próximo a la tradición jurídica mexicana, es el relativo a la Ley Guatemalteca de la Comisión de Derechos Humanos del Congreso de la República y del Procurador de los Derechos Humanos, expedida el 1 de octubre de 1986, cuyo artículo 30 dispone en relación con la *responsabilidad* de las personas que infrinjan los propios derechos humanos, establecida en la resolución del Procurador, la que tiene carácter obligatorio (con lo cual se aparta del modelo escandinavo), puesto que en ella el citado Procurador puede ordenar la inmediata cesación de la violación y la restitución de los derechos humanos conculcados, y según la gravedad de la infracción, promover el procedimiento disciplinario, o en el supuesto de que de la investigación realizada aparezca la comisión del delito o falta, debe formular de inmediato la denuncia o querrela ante el órgano jurisdiccional competente.

28. En la legislación mexicana se ha iniciado muy recientemente la introducción de instituciones similares al *Ombudsman*, pero con la diferencia de que, por tratarse de un régimen presidencial, ha predominado el criterio de que su designación y funciones no están vinculadas con el órgano legislativo, como ocurre en los países de régimen parlamentario de acuerdo con el modelo escandinavo, sino que se le ha hecho depender del ejecutivo, aun cuando con autonomía funcional, lo que no resulta extraño, pues este régimen adoptado por el ordenamiento francés, ya que el *Médiateur* es nombrado por el gobierno, no obstante que el acceso de los reclamantes tiene que realizarse a través de un miembro de la Asamblea Nacional del Senado.

29. Por otra parte, otra característica del sistema mexicano, todavía incipiente, es que se ha iniciado en el ámbito local, pues además de los intentos que se han efectuado en 1984 en el Ayuntamiento de la ciudad de Colima y en la Ley Orgánica Municipal de la Entidad del mismo nombre que no tuvieron aplicación práctica, ya que con mayor experiencia, los citados organismos se crearon muy recientemente, como es bien sabido, en agosto de 1988 en el Estado de Aguascalientes, y en 1989, en el Municipio de Querétaro

y el Distrito Federal.

30. La institución que no obstante su reciente establecimiento puede considerarse ya consolidada es la Procuraduría de Protección Ciudadana en el Estado de Aguascalientes, la que, siguiendo la corriente que hemos señalado con anterioridad, que vincula, así sea de manera indirecta, a los Procuradores o Defensores de los ciudadanos con la *responsabilidad* de las autoridades administrativas, se introdujo en la Ley de Responsabilidades de los Servidores Públicos del Estado de Aguascalientes, reformada por decreto publicado el 14 de agosto de 1988.

31. Como habíamos señalado anteriormente, la responsabilidad que puede tener mayor eficacia en nuestro ordenamiento es la de carácter administrativo, tanto en el ámbito federal como en el de las Entidades Federativas, de acuerdo con las bases generales del artículo 109 de la Carta Federal, y en esta materia, en el artículo 58 de la citada Ley de Aguascalientes se dispone que el procedimiento de responsabilidad administrativa por incumplimiento de las obligaciones de los servidores públicos podrá iniciarse indistintamente ante la autoridad jerárquica superior o ante el Procurador de Protección Ciudadana, por medio de un procedimiento de investigación flexible, informal y breve, que concluye, cuando se trata del superior jerárquico de la autoridad contra la cual se presenta la reclamación, con una resolución imperativa que, en su caso, impondrá las sanciones que correspondan (artículo 60), pero si dicho procedimiento se ha planteado ante el citado Procurador, sólo puede consistir en una recomendación al mencionado superior jerárquico del infractor (artículo 59).

32. La recomendación del Procurador de Protección Ciudadana en el Estado de Aguascalientes puede consistir en la petición al superior jerárquico competente, para la aplicación al infractor de medidas disciplinarias: la declaratoria de procedencia por comisión de delitos del orden común; el apercibimiento al propio infractor de la aplicación de medidas disciplinarias de mayor severidad en caso de reincidencia; la sugerencia de modificaciones a los procedimientos administrativos inapropiados; el resarcimiento a los afectados por los daños y perjuicios causados; o cualquier otra *recomendación legal que contribuya a mejorar la relación entre gobernantes y gobernados*.

33. Por nuestra experiencia directa al visitar a la citada Procuraduría, nos hemos percatado que esta solución del legislador de Aguascalientes, al vincular la Procuraduría de Protección Ciudadana con el procedimiento de responsabilidad administrativa, ha producido resultados, en virtud de

la novedad de que un organismo de esta naturaleza realice investigaciones y proponga medidas, que pueden llegar hasta la imposición de medidas disciplinarias, y lo que es más importante, en el resarcimiento de daños y perjuicios a los afectados, en un medio burocrático en el cual la fiscalización de la actividad administrativa ha sido prácticamente inexistente, ya que se ha resucitado, como hemos dicho anteriormente, en las reformas al título IV de la Constitución Federal en diciembre de 1982, las que han implicado la expedición de nuevas leyes de responsabilidad de los servidores públicos, o la actualización de las ya existentes (como es el caso de Aguascalientes), tanto en el ámbito federal como en el de las Entidades Federativas.

34. Un aspecto que debemos subrayar en la legislación de Aguascalientes que comentamos, es el de la introducción de la responsabilidad patrimonial de la administración, que ha sido ilusoria en el ordenamiento mexicano, cuando se trata del pago de daños y perjuicios a los afectados, ya que se ha practicado sólo cuando dicha responsabilidad se determina por la propia administración pública a sus empleados y funcionarios, la que se reforzó con la creación, también en 1982, de la Secretaría de la Contraloría de la Federación, así como organismos similares en los gobiernos de los Estados.

35. En efecto, si bien el resarcimiento de los daños causados a la administración pública es importante, al menos en épocas recientes, consideramos de mayor trascendencia el pago de daños y perjuicios a los particulares afectados en sus derechos e intereses legítimos por las autoridades administrativas, pero de acuerdo con el criterio moderno de que esta *responsabilidad económica debe ser cubierta directamente por la propia administración*, sin perjuicio de que ésta exija posteriormente su resarcimiento al servidor o servidores públicos a los que se imputen los actos u omisiones que hubiesen ocasionado la lesión respectiva.

36. El criterio de la *responsabilidad subsidiaria del Estado*, como la contempla el artículo 1,928 del Código Civil para el Distrito Federal, ha sido totalmente superada en la doctrina y en las legislaciones contemporáneas, y si bien el artículo 10 de la Ley de Depuración de Créditos del Gobierno Federal de 1941 introdujo la obligación directa, lo hizo en forma restringida, que resultó ineficaz.

37. La Ley de Responsabilidades de los Servidores Públicos del Estado de Aguascalientes ha tenido el acierto de incluir las sanciones económicas, por beneficios indebidos o por daños y perjuicios, en el artículo 67, fracción

V, reformado en agosto de 1988, que también comprende las reglas para su cuantificación. Este acierto es todavía mayor en cuanto se dispone en el artículo 59, inciso e), que el resarcimiento a los afectados por los daños y perjuicios puede ser solicitado por el Procurador de la Protección Ciudadana ante las autoridades competentes.

38. Sin embargo, queda por resolver un problema esencial en esta materia, que es el relativo a *determinar los supuestos para exigir dicha responsabilidad, pues no se precisa si ésta es una obligación inmediata de la administración, o si bien, de acuerdo con el criterio tradicional se exige, en primer término, al servidor público infractor*, sistema que ha resultado ineficaz en la mayoría de los casos, por la insolvencia real o ficticia del propio infractor.

39. En nuestro concepto resultaría conveniente legislar en esta materia, tanto en el ámbito federal como local, pues ni el artículo 109, fracción III, de la Constitución Federal, ni la Ley de Responsabilidades de los Servidores Públicos de la Federación y del Distrito Federal de 1982 señalan criterios precisos sobre la responsabilidad económica, la que de manera predominante se dirige a sancionar a los servidores públicos que causan daños y perjuicios a la administración, pero no respecto al resarcimiento que debe hacerse a los particulares afectados por las propias autoridades administrativas.

40. Estamos todavía muy lejos de las reglas generales que a este respecto señala el artículo 106, párrafo 2, de la Constitución española de 1978, en el cual se dispone: *“Los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos”*.

V. CONCLUSIONES

41. De las breves reflexiones anteriores podemos llegar a las siguientes conclusiones:

42. *Primera*. Los organismos que pueden encuadrarse dentro del concepto genérico del *Ombudsman* de origen escandinavo, con independencia de sus modalidades específicas y de su denominación particular: Defensor del Pueblo, Comisionado Parlamentario, *Médiateur*, *Difensore Civico*, Procurador o Defensor de los Derechos Humanos, Protector del Ciudadano, etcétera, constituyen una magistratura de opinión, persuasión o convicción,

ya que sus facultades esenciales consisten en recibir las reclamaciones de los afectados por la conducta de las autoridades administrativas, procurar una solución inmediata y, de no ser posible, iniciar una investigación por medio de un procedimiento sencillo, flexible y breve, que culmina con una recomendación no obligatoria, a fin de que se proceda a reparar la violación respectiva.

43. *Segunda.* Debido a lo anterior, la imposición de sanciones disciplinarias a los servidores públicos infractores, ya sea directamente o por medio de las autoridades administrativas o judiciales competentes, no constituye un aspecto esencial de las funciones de los procuradores o defensores correspondientes, pero sus investigaciones pueden servir de apoyo a las autoridades respectivas, a fin de que se puedan aplicar, con mayor objetividad, las sanciones correspondientes.

44. *Tercera.* Debido a los obstáculos que generalmente se encuentran en la realidad de los países iberoamericanos y particularmente en Latinoamérica, ha surgido la tendencia reciente de otorgar una mayor participación a los Procuradores o Defensores de los derechos humanos de los ciudadanos, en la imposición de sanciones, inclusive de carácter penal, cuando en sus investigaciones se demuestre la responsabilidad de las autoridades administrativas infractoras, y como ejemplos podemos señalar las disposiciones contenidas en las leyes que regulan la organización y funcionamiento del Defensor del Pueblo español, del Promotor de Justicia portugués y, en forma mucho más marcada, en la reciente Ley relativa al Procurador de los Derechos Humanos de Guatemala, expedida en 1986.

45. *Cuarta.* En el ordenamiento mexicano se han establecido hace muy poco tiempo, después de algunos ensayos infructuosos, varios organismos similares al *Ombudsman*, pero con modalidades propias y sólo a nivel local, como ha ocurrido en el Municipio de Querétaro, en el Estado de Aguascalientes y en el Distrito Federal.

46. *Quinta.* La legislación de mayor significado en cuanto a la vinculación de la institución con la imposición de sanciones, predominantemente administrativas o disciplinarias, se introdujo en agosto de 1988 al crearse la Procuraduría de Protección Ciudadana en la reforma a la Ley de Responsabilidades de los Servidores Públicos del Estado de Aguascalientes. En efecto, el procedimiento de responsabilidad administrativa por incumplimiento de las obligaciones de los citados servidores públicos puede iniciarse indistintamente ante la autoridad jerárquica superior o ante el Procurador

de Protección Ciudadana.

47. *Sexta*. El citado Procurador, al dictar sus recomendaciones, puede solicitar a la autoridad competente la aplicación al servidor público infractor, de medidas disciplinarias; la declaración de procedibilidad por comisión de delitos de orden común; el apercibimiento al infractor de medidas disciplinarias de mayor severidad en caso de reincidencia; la sugerencia de modificaciones a los procedimientos administrativos; el resarcimiento a los afectados por los daños y perjuicios que se hubiesen causado; y cualquier otra recomendación legal que contribuya a mejorar la relación entre gobernantes y gobernados.

48. *Séptima*. Un aspecto de gran importancia es el relativo a la responsabilidad económica de los servidores infractores, que ha sido descuidado en la legislación mexicana, tanto federal como local, ya que la preocupación del legislador se ha centrado en el resarcimiento de los daños y perjuicios por parte de los servidores públicos respecto de la misma administración, pero no en relación con los particulares afectados.

49. *Octava*. Consideramos conveniente que se legisle en esta materia, a fin de subsanar las deficiencias que actualmente se observan en relación con el resarcimiento de daños y perjuicios causados a los administrados por la defectuosa prestación de los servicios públicos, la que es prácticamente inexistente en nuestro país, y tampoco se encuentra precisada dicha responsabilidad económica en la mencionada ley de Aguascalientes.

50. *Novena*. Nos puede servir de ejemplo la regla general contenida en el artículo 106, párrafo 2, de la Constitución española de 1978, según la cual: "Los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos".

VI. BIBLIOGRAFÍA BÁSICA

51. La bibliografía sobre el *Ombudsman* es en verdad impresionante, e inclusive se ha hablado de una auténtica "Ombudsmanía" en los últimos años, tanto en la doctrina como en la legislación, por lo que nos limitamos a señalar las obras más accesibles y que puedan consultarse en idioma castellano.

- CASTRO, Juventino V., "El Ombudsman escandinavo y el sistema constitucional mexicano", en su libro *Ensayos constitucionales*, México, Textos Universitarios, 1977, pp. 112-127.
- FAIRÉN GUILLÉN, Víctor, *El Defensor del Pueblo (Ombudsman)*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1982-1986, 2 tomos.
- FIX-ZAMUDIO, Héctor, "La solución escandinava: el Ombudsman", capítulo VI de su libro *La protección jurídica y procesal de los derechos humanos ante las jurisdicciones nacionales*, Madrid, UNAM-Civitas, 1982, pp. 281-344.
- GIL ROBLES Y GIL DELGADO, Álvaro, *El Defensor del Pueblo*, Madrid, Civitas, 1979.
- , *El control parlamentario de la administración (El Ombudsman)*, 2a. ed., Madrid, Instituto Nacional de la Administración Pública, 1981.
- MAIORANO, Jorge L., *El Ombudsman Defensor del Pueblo y de las instituciones republicanas*, Buenos Aires, Ediciones Macchi, 1987.
- NILSSON, Per-Erik, BARRERA GRAF, Jorge y FIX-ZAMUDIO, Héctor, *La Defensoría de los Derechos Universitarios de la UNAM y la institución del Ombudsman en Suecia*, México, UNAM, 1986.
- PADILLA, Miguel M., *La institución del Comisionado Parlamentario (El Ombudsman)*, Buenos Aires, 1972.
- ROWAT, Donald C., *El Ombudsman*, traducción de Eduardo L. Suárez, México, Fondo de Cultura Económica, 1973.
- VENEGAS ÁLVAREZ, Sonia, *Origen y devenir del Ombudsman. ¿Una institución encomiable?*, México, UNAM, 1988.

AVANCES Y PERSPECTIVAS DE LA PROTECCIÓN PROCESAL DE LOS DERECHOS HUMANOS EN LATINOAMÉRICA*

SUMARIO. I. *Introducción*. II. *Los instrumentos tradicionales: el hábeas corpus y el amparo*. III. *La evolución del derecho de amparo y sus equivalentes*. IV. *Los nuevos mecanismos: mandado de segurança colectivo; hábeas data, mandado de injunção, acción de incumplimiento*. V. *Las acciones populares*. VI. *Los tribunales y salas constitucionales en Latinoamérica y la protección de los derechos humanos*. VII. *El Ombudsman criollo*. VIII. *Conclusiones*.

I. INTRODUCCIÓN

1. Como resultaría muy complicado hacer un comentario, por breve que fuera, sobre los instrumentos de protección procesal de los derechos humanos en Latinoamérica que se han desarrollado de manera considerable en los últimos años,¹ únicamente haremos referencia a los adelantos más recientes de los medios tradicionales, es decir del hábeas corpus y el de-

* Publicado en *Memorias. VI Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, Santa Fe de Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1998, tomo II, pp. 805-858. Se reproduce con la autorización de la Universidad Externado de Colombia.

¹ Cfr. Fix-Zamudio, Héctor, entre otros anteriores, "La justicia constitucional en América Latina", *Lecturas constitucionales Andinas*, 1, Lima, Comisión Andina de Juristas, 1991, pp. 11-104; *idem*, "La protección jurídica y procesal de los derechos humanos en los regímenes constitucionales latinoamericanos", en la obra *Los derechos humanos en América*, Valladolid, Cortes de Castilla y León, 1994, pp. 279-319; *idem*, "Garantías de los derechos, control judicial, amparo, *Ombudsman*", en la obra dirigida por Eduardo García de Enterría y Manuel Clavero Arévalo, *El derecho público de finales de siglo. Una perspectiva iberoamericana*, Madrid, Fundación BBV-Civitas, 1997, pp. 601-633; *idem*, "Jurisdicción constitucional y protección de los derechos fundamentales en América Latina", *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Caracas, Biblioteca Jurídica Dike, 1995, pp. 45-112.

recho de amparo, de los instrumentos equivalentes, así como a los que se han introducido en los ordenamientos constitucionales latinoamericanos expedidos en los últimos años.

2. A) Por lo que se refiere al primer sector, integrado como se ha dicho por los medios procesales que se introdujeron en los ordenamientos constitucionales latinoamericanos de manera paulatina por influencia del derecho público estadounidense en combinación con la tradición hispánica de trasfondo romanista, es decir el hábeas corpus, para la tutela de la libertad y la integridad personal de los particulares contra detenciones arbitrarias, en especial de las autoridades administrativas (policía y ministerio público),² así como el *derecho de amparo*, el cual, como es bien sabido surgió desde la Constitución Federal mexicana de 1857 y de manera paulatina se introdujo, con diversas modalidades, en numerosos ordenamientos fundamentales latinoamericanos (e inclusive en las Constituciones españolas de 1931 y la actual de 1978) con objeto de proteger los derechos humanos consagrados constitucionalmente diversos de los de la libertad y la integridad personal, tutelados por el hábeas corpus.³

3. Además del hábeas corpus y del amparo, se establecieron en las cartas latinoamericanas otros instrumentos con funciones similares al segundo, tales como el *mandado se segurança* brasileño, que todavía subsiste y se introdujo en la Constitución Federal de 1934; el *recurso de protección* introducido por una ley expedida por el gobierno militar chileno en 1976 e incorporado a la Carta de 1980, y la *acción de tutela* creada en la Constitución de 1991.⁴

4. B) Un segundo grupo de instrumentos, en cierta manera como desarrollo de los anteriores, se introdujo en las Cartas latinoamericanas más

² Cfr., entre otros, Eder, Phanor J., "Habeas Corpus Disembodied: The Latin America Experience", en la obra *XX Century Comparative and Conflicts of Law. Legal Essays in Honor of Hessel E. Yntema* (K. Nadelmann, A. von Mehren, J. Hazard, editores), Leyden, Sithoff, 1961, pp. 473 y ss.; Sánchez Viamonte, Carlos, "Habeas Corpus", *Enciclopedia Jurídica Omeba*, Buenos Aires, 1975, tomo III, pp. 468-527; el volumen colectivo intitulado *Aniversario de los 300 años de hábeas corpus. Cuadernos Jurídicos*, Santiago, Arzobispado de Santiago, Vicaría de Solidaridad, núm. 9, julio de 1979; la parte histórica general de la obra de Sagüés, Néstor Pedro, *Derecho procesal constitucional*, tomo 4, *Hábeas Corpus*, 2a. ed., Buenos Aires, 1988, pp. 3-60.

³ Cfr. Fix-Zamudio, Héctor, "La justicia constitucional en Latinoamérica", cit., *supra* nota 1, pp. 25-35.

⁴ Cfr. Fix-Zamudio, Héctor, "La protección jurídica y procesal de los derechos humanos en los regímenes constitucionales latinoamericanos", cit., *supra* nota 1, pp. 289-290.

recientes, y así surgieron en la Constitución Federal del Brasil de 1988, los denominados *mandado de segurança coletivo*, el *habeas data* y el *mandado de injunção*.⁵

5 A su vez, la Carta Fundamental de Colombia de 1991, además del establecimiento de la acción de tutela mencionada anteriormente, introdujo las *acciones populares* para la protección de los derechos e intereses colectivos, conocidos también como intereses o derechos "difusos o transpersonales".⁶ Aun cuando no con el mismo significado, esos instrumentos procesales ya existían anteriormente en el derecho constitucional latinoamericano, tales como la acción popular de inconstitucionalidad de las leyes en los ordenamientos fundamentales de Colombia y Venezuela, y posteriormente, El Salvador, Nicaragua, Panamá, y en algunas constituciones provinciales argentinas⁷, así como la acción popular en las Constituciones brasileñas anteriores a la actual, en la cual todavía subsiste, regulada por el artículo 50., fracción LXXIII, de la Constitución Federal actual de 1988.⁸

6. También se reguló la *acción popular* en la Carta peruana anterior de 1979, artículo 300, cuarto párrafo, considerada como "garantía constitucional", y que podía interponerse ante el Poder Judicial, en contra de la inconstitucionalidad o ilegalidad de reglamentos y decretos generales de carácter administrativo, instrumento que se mantiene con características similares y con mayor amplitud, en el artículo 200, inciso 5, de la actual Carta de 1993.⁹

⁵ Entre otros, Silva, José Afonso da, *Mandado de injunção e habeas data*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1989; Sidou, J. M. Othon, "Las nuevas figuras del derecho procesal constitucional brasileño: *mandado de injunção* y *habeas data*", trad. de Héctor Fix-Zamudio, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 70, enero-abril de 1991, pp. 169-187.

⁶ Cfr. Fernández Segado, Francisco, "La dinamización de los mecanismos de garantía de los derechos y de los intereses difusos en el Estado Social", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 83, mayo-agosto de 1995, pp. 582-597.

⁷ Cfr. Fix-Zamudio, Héctor, "La justicia constitucional en América Latina", cit., *supra* nota 1, pp. 58-63.

⁸ Cfr. Silva, José Afonso da, *Curso de direito constitucional positivo*, 9a. ed., 3a. reimpresión, São Paulo, Malheiros Editores, 1993, pp. 403-406.

⁹ La disposición actual establece "Son garantías constitucionales... 5. La acción popular, que procede, por infracción de la Constitución y de la ley, contra los reglamentos, normas administrativas y resoluciones, y decretos de carácter general, cualquiera sea la autoridad de la que emanen".

7. Finalmente, en esta dirección se puede señalar que con antecedente en el artículo 87 de la Carta colombiana de 1991, pero sin esta denominación,¹⁰ la llamada *acción de cumplimiento*, creada por el artículo 200, inciso 6, de la mencionada Constitución peruana de 1993, como un instrumento para exigir la autoridad pública el acatamiento de una norma legal o un acto administrativo.¹¹

8. C) Un sector de medios tutelares de los derechos humanos se encuentra en última instancia a las Cortes, Tribunales o Salas Constitucionales, que por influencia del derecho continental europeo se han introducido de manera paulatina en las Cartas constitucionales latinoamericanas a partir de la Constitución guatemalteca de 1965, que hizo el primer ensayo, con escasos resultados prácticos, de la creación de un tribunal especializado en la solución de algunos conflictos constitucionales. A partir de entonces se han establecido varios organismos jurisdiccionales, a los que haremos referencia más adelante.¹²

9. D) Finalmente, una descripción panorámica de los instrumentos y organismos de protección de los derechos humanos regulados por los ordenamientos constitucionales latinoamericanos, deben comprender —aun cuando sus atribuciones no sean jurisdiccionales— a los organismos de tutela de los mismos derechos inspirados en el modelo escandinavo del *Ombudsman*, ya que realizan una actividad que sirve de apoyo y de auxilio a los jueces y tribunales encargados de la protección procesal de tales derechos y por este motivo han tenido un notable desarrollo en numerosos

¹⁰Dicho precepto, situado en el título II (De los derechos, las garantías y los deberes), capítulo 4 (De la protección y aplicación de los derechos), establece que: “Toda persona podrá acudir ante la autoridad judicial para hacer efectivo el cumplimiento de una ley o un acto administrativo. En caso de prosperar la acción, la sentencia ordenará a la autoridad renuente el cumplimiento del deber omitido”.

¹¹Cfr., entre otros, Ortecho Villena, Víctor Julio, *Jurisdicción constitucional. Procesos constitucionales*, Trujillo, Perú, Fondo Editorial de la Universidad Antenor Orrego de Trujillo, pp. 207-214.

¹²Cfr. Fix-Zamudio, Héctor, “Los Tribunales y Salas Constitucionales en América Latina”, *Estudios jurídicos en homenaje a Don Santiago Barajas Montes de Oca*, México, UNAM, 1995, pp. 59-74; La Roche, Humberto J., “Cortes y salas constitucionales en América Latina”, en la obra *El nuevo derecho constitucional latinoamericano*, Caracas, Fundación Konrad Adenauer-Asociación Venezolana de Derecho Constitucional-Editorial Panapo, 1996, tomo II, pp. 875-888.

ordenamientos fundamentales de diversas familias o tradiciones jurídicas, por lo que se ha *transformado* prácticamente en una institución universal.¹³

II. LOS INSTRUMENTOS TRADICIONALES: EL HÁBEAS CORPUS Y EL AMPARO

10. Una de las primeras instituciones de protección procesal de los derechos humanos que se introdujo en las Constituciones latinoamericanas desde el siglo anterior fue el hábeas corpus de origen británico, ya sea directamente por influencia de la Ley inglesa de 1679,¹⁴ o bien por conducto del derecho público estadounidense¹⁵. Prácticamente ha sido regulada por todas las Cartas fundamentales de nuestra región, con su denominación original, que ha sido incorporada al idioma castellano.¹⁶ También se utiliza en algunos países de la región el nombre de “exhibición personal”, y otros han empleado la designación de “amparo de la libertad personal”, y en el ordenamiento mexicano, el hábeas corpus se encuentra incorporado al juicio de amparo.¹⁷

11. Con algunos matices, el hábeas corpus, exhibición personal o amparo de la libertad asume en los ordenamientos latinoamericanos su significado clásico de un procedimiento judicial rápido y sencillo para la tutela de la libertad y la integridad personal de los particulares en contra de detenciones arbitrarias, generalmente de carácter administrativo, es decir practicadas por orden el ministerio público o de la policía, que son

¹³ Cfr. Legrand, André, “Une Institution Universelle: l’Ombudsman”, *Revue Internationale de Droit Comparé*, París, 1973, pp. 851-856.

¹⁴ Cfr. Sharpe, R. J., *The Law of Habeas Corpus*, Oxford, Clarendon Press, 1976, pp. 1-19.

¹⁵ Cfr. el extenso comentario “Developments in the Law Federal Habeas Corpus”, *Harvard Law Review*, 1970, pp. 1039-1280.

¹⁶ Esta denominación ha sido adoptada también por el artículo 17.4 de la Constitución española de 1978, el cual dispone: “La ley regulará el procedimiento de ‘hábeas corpus’ para producir la inmediata puesta a disposición judicial de toda persona detenida ilegalmente. Asimismo, por ley se determinará el plazo máximo de duración de la prisión preventiva”. Este precepto ha sido reglamentado por la Ley Orgánica reguladora del procedimiento de “hábeas corpus”, del 24 de mayo de 1984. Cfr. Gimeno Sendra, Vicente, *El proceso de “hábeas corpus”*, Madrid, Tecnos, 1985.

¹⁷ Cfr. Fix-Zamudio, Héctor, “La justicia constitucional en América Latina”, cit., *supra* nota 1, p. 21.

muy frecuentes en nuestra región, y excepcionalmente también se admite respecto de algunas resoluciones judiciales.¹⁸

12. Este procedimiento judicial está regulado, con sus diversas modalidades, en las siguientes constituciones latinoamericanas, mencionadas por orden alfabético: Argentina (1853-1860, en el texto reformado en agosto de 1994), artículo 33, cuarto párrafo, así como en las Constituciones provinciales; Brasil (1988), artículo 5, parágrafo LXVIII; Chile (1980-1989), artículo 21; Colombia (1991), artículo 30; Costa Rica (1949), artículo 48; Ecuador (1978, texto codificado de 1996), artículo 28; El Salvador (1983-1991), artículo 11; Guatemala (1985), artículo 263; Haití (1987), artículo 26.2; Honduras (1982), artículo 182; México (1917, como parte del juicio de amparo), artículos 103 y 107; Nicaragua (1987), artículo 189; Panamá (1972-1983), artículo 23; Paraguay (1992) artículo 133; Perú (1993), artículo 200.1; República Dominicana (1966), artículo 82, g; Uruguay (1966), artículo 17, y Venezuela (1961), disposición transitoria quinta.

13. Se observan algunos avances en la regulación del hábeas corpus en el ámbito latinoamericano. Como ejemplo significativo se puede citar al ordenamiento argentino posterior a la dictadura militar que violó masivamente los derechos de libertad y de integridad personal tutelados por el hábeas corpus. La Ley Reglamentaria número 23,098, publicada el 25 de octubre de 1984, a poco tiempo de restablecerse la normalidad constitucional, amplió de manera considerable las facultades del juez de hábeas corpus, y en su artículo 4o., que se refiere al llamado *estado de sitio*, dispone que cuando la detención de una persona se realiza en virtud de la declaración de emergencia prevista en el artículo 23 de la Constitución Nacional,¹⁹ el juzgador que conozca podrá comprobar en el caso concreto:

¹⁸ Además de los autores citados *supra* nota 2, pueden consultarse, García Belaúnde, Domingo, *El hábeas corpus en el Perú*, Lima, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, 1979, y Borea Odría, Alberto, *Las garantías constitucionales: hábeas corpus y amparo*, Lima, 1992.

¹⁹ Dicho precepto fundamental dispone: (*Estado de sitio*) "En caso de conmoción interior o de ataque exterior que pongan en peligro el ejercicio de esta Constitución y de las autoridades creadas por ella, se declarará en estado de sitio la provincia o territorio donde existe la perturbación del orden, quedando en suspenso allí las garantías constitucionales. Pero durante esta suspensión no podrá el presidente de la República condenar por sí ni aplicar penas. Su poder se limitará en tal caso respecto de las personas, a arrestarlas o trasladarlas de un punto a otro de la Nación, si ellas no prefiriesen salir fuera del territorio argentino".

1) la legitimidad de la declaración del estado de sitio; 2) la correlación entre la orden de privación de la libertad y la situación que dio origen a la declaración del estado de sitio; 3) la agravación ilegítima de la forma y condiciones en que se cumple la privación de la libertad que en ningún caso podrá hacerse efectiva en establecimientos destinados a la ejecución de penas, y 4) el efectivo ejercicio del derecho de opción (de salir del país) del artículo 23 de la Constitución Nacional.

14. También como resultado de la dolorosa experiencia de las graves violaciones realizadas por el gobierno militar, el citado ordenamiento faculta al juez de hábeas corpus para pronunciarse de oficio en el caso concreto sobre la inconstitucionalidad cuando la limitación de la libertad se lleve a cabo por orden escrita de una autoridad en aplicación de un precepto legal contrario a la Constitución Nacional, y además las sentencias que dicten los tribunales superiores en el mismo procedimiento de hábeas corpus serán consideradas definitivas a los efectos del recurso de inconstitucionalidad ante la Corte Suprema (artículos 6o. y 7o. de la Ley 23,098.²⁰

15. Además de lo anterior, para corregir los graves abusos que se realizaron también durante la dictadura militar que terminó en 1983, se expidió la Ley 23,042, publicada el 23 de enero de 1984, que establece la procedencia del hábeas corpus contra resoluciones de los tribunales militares, cuando hubiesen enjuiciado indebidamente a civiles, aun en el supuesto de que se trate de sentencias firmes con autoridad de cosa juzgada, lo que constituye una extensión excepcional de dicho instrumento, pero claramente justificada por la distorsión que se ha producido en nuestra región con el sometimiento de los civiles a la justicia castrense, en especial cuando se les atribuyen delitos de carácter político.²¹

²⁰ Cfr. Sagüés, Néstor Pedro, *Hábeas Corpus*, cit., *supra* nota 2, pp. 233-31; Gozaíni, Osvaldo Alfredo, *El derecho de amparo. Los nuevos derechos y garantías del art. 43 de la Constitución Nacional*, Buenos Aires, Depalma, 1995, pp. 202-208.

²¹ *Op. ult. cit.*, pp. 493-514; *idem*, "La jurisdicción militar en Argentina. Revisión de sus decisiones por la justicia federal", y Bidart Campos, Germán J., "El status constitucional de las fuerzas armadas en Argentina", estos dos últimos trabajos publicados en la obra *Jurisdicción militar y Constitución en Iberoamérica. (Libro Homenaje a Domingo García Belaúnde)*, coordinada por el mismo Germán J. Bidart Campos y José F. Palomino Pacheco, Lima, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional (Sección Peruana)-Grijley, 1997, pp. 37-58 y 59-74, respectivamente.

16. Toda esta evolución del hábeas corpus en la legislación secundaria ha sido recogida por la reforma constitucional argentina de agosto de 1994, si se toma en consideración que el texto fundamental dispone actualmente: “Cuando el derecho lesionado, restringido, alterado o amenazado fuera la libertad física, o en caso de agravamiento ilegítimo en la forma o condiciones de la detención o en el de desaparición forzada de personas, la acción de hábeas corpus podrá ser interpuesta por el afectado o por cualquiera a su favor, y el juez resolverá de inmediato, aun durante la vigencia del estado de sitio”.²²

17. El *derecho de amparo*, como hemos sostenido con anterioridad, se ha extendido considerablemente en numerosos ordenamientos latinoamericanos, con el mismo nombre con el que fue creado en la Carta Federal mexicana de 1857, de acuerdo con el modelo de la revisión judicial de los Estados Unidos, pero con una denominación que proviene de instituciones procesales hispánicas.²³ Resulta explicable que se hubiese extendido esta designación, por la tradición común de los países de nuestra región y no únicamente por el modelo mexicano.

18. El derecho de amparo evolucionó en México desde los primeros años de su establecimiento en la citada Constitución Federal de 1857, para abarcar no sólo el hábeas corpus como instrumento de tutela de la libertad e integridad personal (véase *supra* párrafo 10), sino también la impugnación de todas las sentencias pronunciadas por todos los jueces y tribunales del país (federales y locales), cuando se alega la violación de disposiciones legales ordinarias, y en este sentido es equivalente a un *recurso de casación federal*,²⁴ pero también la impugnación de las disposiciones legislativas por conducto del sector calificado como “amparo contra leyes”; la posibilidad de combatir los actos y resoluciones administrativas, cuando la controversia no puede plantearse directamente ante un tribunal

²² Cfr. Seisdedos, Felipe, “Amparo, hábeas data y hábeas corpus en la reforma de 1994”, en la obra *Derecho constitucional de la reforma de 1994*, Mendoza, Instituto Argentino de Estudios Constitucionales y Políticos-Ediciones Depalma, 1995, tomo I, pp. 448-452; Natale, Alberto, *Comentario sobre la Constitución. La reforma de 1994*, Buenos Aires, Depalma, 1995, pp. 69-72.

²³ Cfr. Fix-Zamudio, Héctor, “Diversos significados jurídicos del amparo en el derecho iberoamericano”, en la obra del mismo autor, *Latinoamérica: Constitución, proceso y derechos humanos*, México, UDUAL-Miguel Ángel Porrúa, 1988, pp. 19-52.

²⁴ Cfr. Fix-Zamudio, Héctor, “Presente y futuro en la casación civil a través del juicio de amparo mexicano”, en el libro del mismo autor *Ensayos sobre el derecho de amparo*, México, UNAM, 1993, pp. 197-234.

administrativo, y en este sentido el amparo tiene una función similar a un proceso contencioso administrativo, cuyo ámbito se reduce paulatinamente debido al incremento en el establecimiento de dichos tribunales administrativos en las entidades federativas, y finalmente,²⁵ un quinto sector con reglas particulares establecidas en beneficio de los campesinos sujetos al régimen de reforma agraria (amparo social agrario), que también se ha restringido a partir de la creación de los tribunales federales agrarios en la reforma constitucional de 1992.²⁶ Por tanto, en la actualidad el amparo mexicano comprende cinco instrumentos procesales, algunos de los cuales, como el recurso de casación, el contencioso administrativo y un sector del proceso agrario, no forman parte del derecho de amparo que puede considerarse como institución iberoamericana (puesto que también ha sido regulado por la Constitución española).²⁷

19. En el ámbito latinoamericano, el derecho de amparo, aun cuando con matices y modalidades, posee el significado original de instrumento procesal sencillo y rápido para proteger los derechos humanos consagrados constitucionalmente, con excepción de la libertad y la integridad personal, que en la mayoría de los ordenamientos de nuestra región se tutelan por medio del hábeas corpus.²⁸ Con estas características y con la excepción del ordenamiento mexicano, que es más complejo, la institución ha sido establecida en las siguientes constituciones latinoamericanas, citadas por orden alfabético: Argentina (1853-1860, texto reformado en agosto de 1994), artículo 43, primero y segundo párrafos, y consagrado también en varias constituciones provinciales; Bolivia (1967), artículo 19; Costa Rica (1949, reformada en 1989), artículo 48; Ecuador (1978, texto revisado en 1996), artículo 31; El Salvador (1983), artículo 247; Guatemala

²⁵ Cfr. Vázquez Alfaro, José Luis, *Evolución y perspectivas de los órganos de jurisdicción administrativa en el ordenamiento mexicano*, México, UNAM, 1991, pp. 257-276; *idem*, *El control de la administración pública en México*, México, UNAM, 1996, pp. 213-242; González Pérez, Jesús, *Derecho procesal administrativo mexicano*, 2a. ed., con la colaboración de José Luis Vázquez Alfaro, México, Porrúa-UNAM, 1997, pp. 953-1043.

²⁶ Cfr. González Pérez, Jesús, *op. ult. cit.*, pp. 1045-1079; García Ramírez, Sergio, *Elementos de derecho procesal agrario*, México, Porrúa, 1993, pp. 557-583; *idem*, *Justicia agraria*, México, 1995.

²⁷ Cfr. Fix-Zamudio, Héctor, "Breve introducción al juicio de amparo mexicano", en el libro del mismo autor, *Ensayos sobre el derecho de amparo*, cit., *supra* nota 24, pp. 19-80.

²⁸ Cfr. Brewer Carías, Allan R., *El amparo a los derechos humanos y a las libertades constitucionales (una aproximación comparativa)*, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 1993.

(1985), artículo 265; Honduras (1982), artículo 183; México (1917), artículos 103 y 107; Nicaragua (1987), artículo 188; Panamá (1972-1983), artículo 50; Paraguay (1992), artículo 128; Perú (1993), artículo 200.2; Uruguay (1966), implícitamente artículos 7o. y 72, y Venezuela (1961), artículo 49.

III. LA EVOLUCIÓN DEL DERECHO DE AMPARO Y SUS EQUIVALENTES

20. Pero además del derecho de amparo en sentido estricto, se han establecido otros instrumentos similares, es decir que también tienen como objeto la protección de los derechos humanos establecidos en las Cartas fundamentales latinoamericanas, con la excepción de la libertad e integridad personal, que está tutelada por el hábeas corpus (véase *supra* párrafo 11). Aun cuando no utilizan la misma denominación, pero sí nombres que pueden considerarse como sinónimos, los otros medios procesales pueden comprenderse de manera amplia dentro del concepto del derecho de amparo.²⁹

21. A) El primero en aparecer de dichos instrumentos equivalentes al amparo fue el llamado *mandado de segurança* (que algunos autores traducen al castellano, por sus semejanzas con el primero, como *mandamiento de amparo*), ya que fue creado en la Constitución Federal de 1934, y actualmente está regulado por el artículo 5o., parágrafo LXIX, de la vigente Carta Federal brasileña del 5 de octubre de 1988. Dicho precepto está todavía reglamentado por la ley número 1533, del 31 de diciembre de 1951 (expedida bajo la vigencia de la Constitución Federal de 1946) reformada en varias ocasiones posteriores.³⁰

22. El *mandado de segurança*, o “mandamiento de amparo”, procede esencialmente contra los actos inconstitucionales o ilegales de auto-

²⁹ Cfr. Fix-Zamudio, Héctor, “Amparo y tutela”, *Memoria de El Colegio Nacional*, 1996, México, 1997, pp. 61-92.

³⁰ La doctrina sobre este instrumento brasileño es muy amplia, por lo que citamos sólo algunos estudios recientes, Sidou, J. M. Othon, *As garantias ativas dos direitos coletivos: hábeas corpus, ação popular, mandado de segurança*, Rio de Janeiro, Forense, 1977; Flaks, Milton, *Do mandado de segurança. Pressupostos de impetração*, Rio de Janeiro, Forense, 1980; Barbi, Celso Agrícola, *Do mandado de segurança*, 3a. ed., Rio de Janeiro, Forense, 1980; Silva, José Afonso da, *Curso di direito*

ridades administrativas y, en general, contra actos administrativos de cualquier autoridad que afecten los derechos de los gobernados, y sólo de manera excepcional puede promoverse contra resoluciones judiciales. En principio tampoco puede interponerse directamente en contra de las disposiciones legislativas que se consideren inconstitucionales, ya que únicamente pueden impugnarse los actos o resoluciones administrativas que se apoyen en dichos ordenamientos, si bien se han elaborado proyectos legislativos, a fin de que, por excepción, se puedan combatir leyes en abstracto, cuando se demuestre que sus efectos futuros pudieran causar daños de difícil o incierta reparación.

23. B) El llamado *recurso de protección* fue consagrado por el Acta Institucional número 3, expedida por el gobierno militar chileno y publicada el 13 de septiembre de 1976. Fue reglamentado por el Auto Acordado de la Corte Suprema del 2 de abril de 1977. Este mismo instrumento fue incorporado al artículo 20 de la Constitución aprobada por plebiscito de septiembre de 1980. De acuerdo con estos ordenamientos, el citado recurso tiene por objeto proteger los derechos humanos consagrados constitucionalmente contra los actos violatorios que provengan de autoridades públicas, con excepción de la libertad personal tutelada por el hábeas corpus (que también se conoce como recurso de amparo), este último consagrado en el artículo 21 de las mencionada Carta Fundamental, según se expresó con anterioridad (véase *supra* párrafo 12).

24. Como puede observarse, se trata en realidad de un proceso de amparo con otra denominación equivalente, y que sólo se calificó como recurso de protección debido a que se había utilizado anteriormente y todavía se emplea el nombre de la institución consagrada en el artículo 16 de la Carta anterior de 1925, que equivalía al hábeas corpus.³¹ Con la restauración del orden constitucional democrático, en virtud del plebiscito

constitucional positivo, cit., *supra* nota 8, pp. 390-391.

³¹ Cfr. el constitucionalista chileno, Estévez Gasmuri, Carlos, *Elementos de derecho constitucional*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1949, pp. 143-144, se refiere a la institución anterior calificándola de "amparo" o de "hábeas corpus". Utiliza las mismas denominaciones, Caffarena de Giles, Elena, *El recurso de amparo frente a los regímenes de emergencia*, Santiago, 1957, pp. 152 y 187.

de 30 de julio de 1989, el recurso de protección inició un desarrollo sobre bases más firmes.³²

25. C) La llamada *acción de tutela*, establecida por la Constitución colombiana del 7 de julio de 1991, posee funciones similares a las del amparo en el ámbito latinoamericano, y por este motivo se propuso la denominación de “derecho de amparo” en el proyecto presentado por el gobierno ante la Asamblea Constituyente.³³ De acuerdo con el artículo 86 de la citada Carta Fundamental, ese instrumento puede hacerse valer

por cualquier persona en todo momento y lugar ante los órganos jurisdiccionales, mediante un procedimiento preferente y sumario, con el objeto de obtener la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando los mismos sean vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad. Dicha acción sólo procede cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo cuando aquélla se utilice como un mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremparable. La protección debe consistir en una orden para que aquel respecto de quien se solicite, actúe o se abstenga de hacerlo. El fallo será de inmediato cumplimiento y puede impugnarse ante juez competente, pero en todo caso dicho juzgador debe remitirlo a la Corte Constitucional para su eventual revisión.³⁴

26. Este precepto constitucional fue desarrollado por el decreto 2,591, del 19 de noviembre 1991, que a su vez fue reglamentado por el decreto presidencial 306, del 19 de febrero de 1992, pero también debe tomarse en cuenta para la tramitación de la revisión de la acción de tutela ante la Corte Constitucional, el decreto 2,067, del 4 de septiembre de 1991, que regula el régimen procedimental de los juicios ante la Corte Constitucional, y el Acuerdo de la Sala Plena de la propia Corte del 15 de octubre de

³² Cfr. Soto Kloss, Eduardo, *El recurso de protección. Orígenes, doctrina y jurisprudencia*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1989; Lira Herrera, Sergio, *El recurso de protección. Naturaleza jurídica. Doctrina y jurisprudencia*, Santiago de Chile, 1990.

³³ Cfr. *Proyecto de Acto Reformatorio de la Constitución Política de Colombia*, Bogotá, Presidencia de la República, febrero de 1991, p. 203, “Derecho de Amparo”.

³⁴ Cfr., entre otros, Arenas Salazar, Jorge, *La tutela. Una acción humanitaria*, 2a. ed., Santa Fe de Bogotá, 2a. ed., Ediciones Doctrina y Ley, 1993; Charry, J. M., *La acción de tutela*, reimpresión, Santa Fe de Bogotá, Temis, 1992; Monroy Torres, Marcia y Álvarez Rojas, Fernando, *Jurisprudencia de la Corte Constitucional*, vols. III y IV, *La acción de tutela*, Santa Fe de Bogotá, Juris Editores, 1993.

1992, que contiene el Reglamento Unificado de la Corte Constitucional, artículos 49-55.³⁵

27. Como no sería posible en un breve estudio como éste proporcionar una visión, así sea aproximada, de la evolución del derecho de amparo en los ordenamientos, la doctrina y la jurisprudencia latinoamericanas, tanto por lo que respecta a la institución en sentido estricto, como considerada en conjunto con los mencionados instrumentos equivalentes antes mencionados, citaremos algunos ejemplos de dicho desarrollo progresivo, al menos en dos aspectos: a) en la protección de los derechos fundamentales frente a los sectores sociales predominantes, y b) en cuanto a la aplicación directa de los derechos humanos establecidos en los pactos internacionales aprobados y ratificados por los gobiernos de Latinoamérica.

28. a) El primer aspecto se refiere a lo que la jurisprudencia de la Corte Suprema Argentina calificó en los años cincuenta como *amparo contra particulares*, pero que en realidad se refiere a la protección de los derechos fundamentales respecto a la conducta de grupos de presión, es decir respecto a sectores privados en una situación de predominio. Desde un punto de vista genérico, la doctrina europea, y particularmente la alemana, con repercusiones posteriores en los tribunales y cortes constitucionales de Europa Continental, ha desarrollado el concepto de *Drittwirkung der Grundrechte*, que significa la eficacia mediata o indirecta de los derechos humanos en las relaciones entre los particulares.³⁶

29. En nuestra región el planteamiento surgió, como se ha dicho, en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Argentina, que por cierto no tuvo su inspiración en la referida doctrina europea, sino en la idea de que era necesario tutelar los derechos fundamentales frente a ciertos sectores sociales, y no respecto de individuos particulares en sentido estricto, no

³⁵ Estos ordenamientos pueden consultarse en el apéndice legislativo del libro de Tobo Rodríguez, Javier, *La Corte Constitucional y el control de constitucionalidad en Colombia*, Santa Fe de Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 1996, pp. 327-386.

³⁶ Cfr. el clásico estudio de Lombardi, Giorgio, *Potere privato y diritti fondamentali*, Turín, Giappichelli Editore, 1970; Fernández Segado, Francisco, "La dinamización de los mecanismos de garantía de los derechos y de los intereses difusos en el Estado Social", cit., *supra* nota 6, pp. 597-603, que hace referencia no sólo a la situación europea sino también a América Latina; Quadra Salcedo, Tomás, *El recurso de amparo y los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares*, Madrid, Civitas, 1981, pp. 47-79.

obstante la terminología que se adoptó entonces, y todavía se utiliza en la actualidad. En efecto, este criterio se inició en el clásico fallo de dicha Corte Suprema en el caso “Samuel Kot” resuelto el 5 de septiembre de 1958, en el cual dicho tribunal consideró que la acción de amparo, que no estaba regulada entonces en la Constitución Federal, sino que había sido considerada por la misma Corte como una garantía constitucional implícita (en el caso anterior “Ángel Siri”, resuelto el 27 de diciembre de 1957), procedía no sólo respecto de la violación de los derechos humanos por parte de las autoridades públicas (dentro de las cuales se incluían los organismos descentralizados), sino también cuando la infracción procedía de “particulares”, pero en el caso que dio lugar a dicho fallo, el amparo se interpuso por un empresario contra un sindicato de trabajadores, es decir de un grupo de presión. Sobre estos lineamientos se desarrolló una jurisprudencia muy dinámica en los años anteriores a las dictaduras militares de los años sesenta.³⁷

30. La Ley Nacional sobre Acción de Amparo del 18 de octubre de 1966, expedida por un gobierno militar, restringió la procedencia del amparo exclusivamente a la conducta de las autoridades públicas, y además introdujo otras limitaciones que la doctrina consideró indebidas,³⁸ pero al poco tiempo esta ley federal fue completada por el llamado *juicio sumarísimo*, regulado por el artículo 321 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación del 20 de septiembre de 1967, en vigor el 1 de enero de 1968, y que

³⁷ Es muy amplia la bibliografía sobre este desarrollo jurisprudencial, por lo que nos limitamos a señalar algunos estudios significativos: Linares Quintana, Segundo V., “Modificación de la jurisprudencia de la Corte Suprema sobre el amparo de la libertad”, *La Ley*, Buenos Aires, 7 de marzo de 1958, pp. 1-2; Repetto, Roberto, “El recurso de amparo en la nueva interpretación de la Corte Suprema de la Nación”, *Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, 18 y 19 de junio de 1958; Carrió, Genaro, *Recurso de amparo y técnica judicial*, Buenos Aires, Perrot, 1959; Houssay, Abel, *Amparo judicial. El caso Kot y su influencia en la jurisprudencia*, Buenos Aires, 1961; Tagle, Carlos A., “El amparo judicial de los derechos fundamentales”, *Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, 4 de noviembre de 1958, pp. 1-5; Vocos Conesa, Eduardo, “La demanda de amparo en la jurisprudencia de la Corte Suprema Nacional, desde Siri y Kot hasta el 25 de octubre de 1969”, *Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, 12 y 15 de diciembre de 1969, pp. 11-31 y 19-29, respectivamente.

³⁸ Este ordenamiento tenía aplicación en la Capital Federal, el Territorio de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur, y por los jueces federales en las Provincias cuando el acto impugnado procediera de autoridad “nacional”, cfr., entre otros, Bidart Campos, Germán J., *Régimen legal y jurisprudencial del amparo*, Buenos Aires, Ediar, 1968.

protegía los derechos fundamentales cuando fuesen lesionados por actos de “particulares” y no por la autoridad pública.³⁹

31. Esta incertidumbre sobre la acción de amparo argentina contra los llamados actos de “particulares”, se disipó en la reforma constitucional de agosto de 1994, ya que el actual artículo 43, primer párrafo, de la Carta Federal admite expresamente la procedencia de la acción de amparo contra todo acto u omisión de “autoridades públicas o de *particulares*”.⁴⁰

32. El ejemplo del derecho de amparo argentino contra actos de “particulares”, entendidos éstos, como se ha dicho, como grupos de presión (véase *supra* párrafo 29), tuvo una amplia repercusión en otros ordenamientos latinoamericanos. Aun cuando son numerosos, nos limitamos a proporcionar una visión sintética de esta tendencia que se incrementa de manera paulatina si tomamos en cuenta, por otra parte, que con la globalización y la apertura de las economías nacionales se han incrementado las privatizaciones de algunos servicios públicos que antes estaban en manos de las autoridades públicas, y que ahora son objeto de concesión a empresas particulares, por lo que los destinatarios de dichos servicios requieren de una protección más rápida y eficaz que la que proporcionan los instrumentos procesales ordinarios.

33. Así, ya sea expresamente en las constituciones respectivas o en las leyes reglamentarias, se ha admitido la procedencia del amparo de instituciones similares y con diversas modalidades, además de Argentina (ámbitos nacional y provincial), los ordenamientos de Bolivia, Chile (re-

³⁹ Dicho artículo 321 disponía: “Proceso *sumarísimo*. Será aplicable el procedimiento establecido por el artículo 498 (muy rápido y concentrado) cuando se reclamase contra un acto u omisión de *un particular* que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta *algún derecho o garantía explícita o implícitamente reconocido por la Constitución Nacional*, siempre que fuere necesaria la reparación urgente del perjuicio o de la cesación inmediata de los efectos del acto y la cuestión, por su naturaleza, no deba sustanciarse por alguno de los procesos establecidos por este Código u otras leyes”. Cfr. Bidart Campos, Germán J., *op. ult. cit.*, pp. 113-118.

⁴⁰ Cfr. Seisdedos, Felipe, “Amparo, hábeas data y hábeas corpus en la reforma de 1994”, *cit.*, *supra* nota 22, pp. 431-443; Gozaíni, Osvaldo Alfredo, *El derecho de amparo. Los nuevos derechos y garantías del art. 43 de la Constitución Nacional*, *cit.*, *supra* nota 20, pp. 47-49; Sagüés, Pedro Néstor, *Derecho procesal constitucional*, tomo 3, *Acción de amparo*, 4a. ed., Buenos Aires, Astrea, 1995, autor que dedica un extenso capítulo (XXIV, pp. 563-587) de su documentado estudio al “amparo contra actos de particulares”, tanto en el ámbito nacional como provincial, ya que algunas constituciones y leyes de amparo locales también lo regulan.

curso de protección), Colombia (acción de tutela), Costa Rica, Guatemala, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela.⁴¹

34. b) Existe en los ordenamientos latinoamericanos la tendencia cada vez más vigorosa hacia la *tutela de los derechos humanos consagrados en los tratados internacionales* por medio del derecho de amparo, tanto en su sentido estricto como por conducto de los instrumentos similares a que hemos hecho referencia (mandamiento de amparo, recurso de protección y acción de tutela) (véase *supra* párrafo 20), en ocasiones por disposición expresa y en otras como la jurisprudencia de los tribunales respectivos. También en esta ocasión, debido al carácter sintético de este trabajo, nos limitamos a mencionar algunos ejemplos sin pretender abarcar todas las hipótesis, pero sin dejar de destacar la preeminencia que ha adquirido el derecho internacional de los derechos humanos en las Constituciones más recientes de Latinoamérica.

35. De manera directa, dicha protección se ha establecido en la reforma a la Constitución de Costa Rica de 1949, por decreto legislativo promulgado el 18 de agosto de 1989 que modificó los artículos 10 y 48 de dicha Carta. El primero creó una Sala Constitucional en la Suprema Corte de Justicia y en el segundo se establece que:

Toda persona tiene el derecho al recurso de hábeas corpus para garantizar su libertad e integridad personal y al *recurso de amparo para mantener o restablecer el goce de otros derechos establecidos en esta Constitución, así como de los de carácter fundamental establecidos en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos aplicables a la República*. Ambos recursos serán de competencia de la Sala indicada en el artículo 10.⁴²

Dicha Sala Constitucional ha realizado en forma muy amplia la aplicación directa en su nutrida jurisprudencia, de los citados tratados internacionales de derechos humanos, no obstante los escasos años que tiene de funcionamiento.⁴³

⁴¹ Cfr. Brewer Carías, Allan R., *El amparo a los derechos humanos y a las libertades fundamentales*, cit., *supra* nota 28, pp. 87-92; Fernández Segado, Francisco, "La dinamización de los mecanismos de garantía de los derechos y de los intereses difusos en el Estado Social", cit., *supra* nota 6, pp. 600-603.

⁴² Tanto el derecho de amparo, como los demás instrumentos de control constitucional fueron reglamentados por la Ley de la Jurisdicción Constitucional, del 11 de octubre de 1989, y al llamado "recurso de amparo", se refieren los artículos 29 a 65.

⁴³ Cfr. Hernández, Rubén, *La tutela de los derechos fundamentales*, San José, Costa Rica, Editorial Juricentro, 1990, pp. 144-1456; *idem*, *Derecho procesal constitucional*, San José, Costa Rica, Editorial Juricentro, 1995, pp. 189-276.

36. Como antecedente de lo anterior debe agregarse que con anterioridad a la reforma mencionada de 1989, el artículo 70., primer párrafo, de la citada Constitución de Costa Rica dispone: "Los tratados públicos, las convenciones internacionales y los concordatos debidamente aprobados por la Asamblea Legislativa, tendrán desde su promulgación o desde el día que ellos designen, *autoridad superior a las leyes*".

37. En otros ordenamientos constitucionales no existe una norma similar que establezca la aplicación directa de los tratados internacionales de derechos humanos por conducto del derecho de amparo, pero debido a la primacía de dichos tratados en el derecho interno, los tribunales respectivos, generalmente especializados en la solución de conflictos constitucionales, han hecho aplicación del derecho internacional de los derechos humanos en numerosas ocasiones. Sólo como ejemplo podemos mencionar a la Corte Constitucional colombiana, la que ha invocado con frecuencia los derechos establecidos en los citados tratados internacionales que han sido ratificados por ese país, al resolver las "acciones de tutela".⁴⁴

38. Esta aplicación del derecho internacional de los derechos humanos por parte de la Corte Constitucional de Colombia tiene su apoyo en lo dispuesto por el artículo 93 de la Carta de 1991, según el cual: "Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y prohíben su limitación en los estados de excepción, *prevalecen en el derecho interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales ratificados por Colombia*".

39. La situación es todavía más evidente cuando se reconoce de manera expresa jerarquía constitucional a los tratados internacionales sobre derechos humanos como en el artículo 75, inciso 22, de la Constitución argentina de 1853-1860, reformada el 22 de agosto de 1994. En la primera parte de dicho precepto (que es bastante extenso y se refiere a las facultades legislativas del Congreso Nacional) se dispone, en principio, la naturaleza superior de los tratados internacionales y los concordatos, pero otorga *rango constitucional* a algunos instrumentos sobre derechos humanos, al señalar de manera precisa: "*en las condiciones de su vigencia tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo de la primera parte de la Constitución* (que

⁴⁴ Cfr. Fix-Zamudio, Héctor, "Amparo y tutela", cit., *supra* nota 29, pp. 61-92.

se refiere a los derechos fundamentales) *y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocida. Sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo Nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de los miembros de las Cámaras*".⁴⁵

40. Esta situación también era muy clara en el artículo 105 de la Constitución Peruana de 1979, que de manera expresa establecía: *"Los preceptos contenidos en los tratados relativos a los derechos humanos, tienen jerarquía constitucional. No pueden ser modificados, sino por el procedimiento que rige para la reforma de la Constitución"*.⁴⁶ Sin embargo, en la nueva Carta Fundamental de 1993 se suprimió dicho precepto, y en su lugar se introdujo la disposición final cuarta, la cual dispone que las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú, precepto similar al contenido en los artículos 16 y 10, respectivamente, de las Cartas portuguesa de 1976-1982 y española de 1978.⁴⁷

41. En esta dirección también debemos destacar la parte relativa del artículo 5o. de la Constitución chilena de 1980, tal como fue reformado en el plebiscito del 30 de julio de 1989: *"El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto de 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 en los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes"*.⁴⁸

⁴⁵ Los instrumentos internacionales enumerados por el citado precepto de la Constitución argentina son los siguientes: la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Adicional; la Convención sobre la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio. La Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación sobre la Mujer; la Convención sobre la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanas o Degradantes y la Convención sobre Derechos del Niño.

⁴⁶ Cfr. García Sayán, Diego, "Constitución peruana y política exterior", *La Constitución diez años después*, Lima, 1989, Constitución y Sociedad-Fundación Friedrich Naumann, pp. 205-221.

⁴⁷ Cfr. Ciurlizza, Javier, "La inserción y jerarquía de los tratados en la Constitución de 1993: retrocesos y conflictos", *La Constitución de 1993. Análisis y comentarios. II*, Lima, Comisión Andina de Juristas-Konrad Adenauer Stiftung, 1995, pp. 65-83.

⁴⁸ Cfr. Blanc Renard, Neville y otros, *La Constitución chilena*, Valparaíso, Universidad Católica, 1990, tomo I, pp. 36-40.

42. Se advierte esta tendencia para conferir rango constitucional a los tratados internacionales de derechos humanos en el artículo 142 de la Constitución de Paraguay de 1992, en el cual se establece de manera expresa: "Los tratados internacionales relativos a los derechos humanos no podrán ser denunciados sino por los procedimientos que rigen para la enmienda de la Constitución". A nuestro modo de ver, lo anterior equivale a disponer de manera implícita que dichos tratados poseen un rango similar al de las normas fundamentales, lo que de cierta manera se asemeja a lo que disponía el artículo 105 de la Carta peruana de 1979, mencionada anteriormente (véase *supra* párrafo 40).

43. En esta dirección debe destacarse lo dispuesto por el artículo 5o., párrafo LXXVII, inciso 2o., de la Constitución brasileña de octubre de 1988, de acuerdo con el cual: "Los derechos y garantías expresados en esta Constitución no excluyen otros derivados del régimen y de los principios por ella adoptados, o de los tratados internacionales en que la República del Brasil sea parte". Lo anterior significa, en nuestro concepto, que los derechos consagrados en dichos tratados forman parte, de manera implícita, de los de carácter fundamental consagrados de manera expresa por dicha Ley Suprema, cuando los primeros amplían y complementan a los segundos.

44. En el ordenamiento constitucional mexicano no se ha iniciado todavía un desarrollo similar, puesto que conserva el criterio tradicional sobre la jerarquía de los tratados internacionales que se inspira en el artículo IV de la Constitución Federal de los Estados Unidos, de 1787, es decir que los mismos, una vez aprobados por el Senado adquieren la naturaleza de leyes federales, las que no pueden contrariar las normas de la Carta Fundamental, ya que el artículo 133 de la Constitución mexicana es una traducción casi literal del precepto estadounidense citado.⁴⁹

45. Sin embargo, una interpretación progresiva, en particular en el campo del derecho internacional de los derechos humanos,⁵⁰ puede conducir, aun sin modificar dicho precepto, hacia la incorporación de los derechos

⁴⁹El mencionado artículo 133 de la Carta Federal dispone en su parte conducente: "La Constitución, las leyes del Congreso de las Unión que emanen de ella y todos los tratados que estén de acuerdo con la misma y que se celebren por el Presidente de la República con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión..." Cfr. Carpizo, Jorge, "La interpretación del artículo 133 constitucional", en su libro *Estudios constitucionales*, 5a. ed., México, Porrúa-UNAM, 1996, pp. 22-24.

⁵⁰Una corriente doctrinal cada vez más vigorosa sostiene, a nuestro modo de ver certeramente, que dicho derecho internacional de los derechos humanos debe interpretarse, desarrollarse y aplicarse progresivamente. Cfr. Nikken, Pedro, *La protección internacional de los derechos humanos*.

consagrados por los tratados internacionales ratificados por nuestro país (que han sido muy numerosos en los últimos años) en los términos del citado 133 de la Carta Fundamental, como parte integrante de los preceptos constitucionales que consagran derechos fundamentales, cuando no los limiten o contradigan, sino por el contrario, los complementen o desarrollen, con mayor razón si se considera que los tratados internacionales de carácter general (y en particular, los que establecen derechos humanos) si no se oponen a la Carta Federal, forman parte, según este mismo precepto, de la Ley Suprema de la Unión.⁵¹

46. En las condiciones anteriores coincidimos con las reflexiones del destacado jurista mexicano Antonio Carrillo Flores en cuanto sostuvo hace varios años que en la situación mencionada anteriormente era procedente el juicio de amparo para proteger los derechos establecidos por los tratados internacionales;⁵² y, por el contrario, disentimos de la opinión del no menos distinguido constitucionalista Antonio Martínez Báez, quien afirmó que los derechos humanos instituidos por tratados sólo podían protegerse por los organismos internacionales, pues el amparo mexicano sólo tutelaba los consagrados por la Constitución Federal.⁵³

IV. LOS NUEVOS MECANISMOS: MANDADO DE SEGURANÇA COLECTIVO; HÁBEAS DATA, MANDADO DE INJUNÇÃO Y ACCIÓN DE CUMPLIMIENTO

47. A partir de la entrada en vigor de la Constitución Federal brasileña de octubre de 1988, que fue muy fructífera en nuevos instrumentos de protección de derechos humanos, se han desarrollado otros mecanismos

Su desarrollo progresivo, Madrid, Civitas-Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1987.

⁵¹ Cfr. Fix-Zamudio, Héctor, "Ochenta años de evolución constitucional del juicio de amparo mexicano", en la obra *Ochenta años de vida constitucional en México*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM-Cámara de Diputados, LVII Legislatura, 1998, pp. 421-422.

⁵² En su libro, *La Constitución, la Suprema Corte y los derechos humanos*, México, Porrúa, 1981, p. 248.

⁵³ "Correlación entre la Constitución y los Pactos de las Naciones Unidas", en la obra *Los tratados sobre derechos humanos y la legislación mexicana*, México, UNAM, 1981, pp. 26-29.

diversos de los tradicionales del hábeas corpus y del derecho del amparo en sentido amplio que hemos examinado con anterioridad (véase *supra* párrafos 11, 12 y 19).

48. A) El primero de ellos fue el *mandado de segurança coletivo* consagrado actualmente por el artículo 5o., parágrafo LXX, de la citada Carta Federal brasileña, y que constituye una ampliación de la misma institución en su ámbito individual, que como hemos señalado anteriormente sólo puede interponerse por los particulares afectados por la violación de sus derechos fundamentales (véase *supra* párrafos 21 y 22). El nuevo instrumento protege derechos de carácter colectivo por medio del procedimiento breve y rápido que caracteriza al mandamiento de amparo individual, ya que el nuevo medio tutelar puede ser interpuesto por partidos políticos con representación en el Congreso Nacional, por organizaciones sindicales, por entidades gremiales, o por asociaciones legalmente constituidas y en funcionamiento, que tengan cuando menos un año en defensa de los intereses de sus miembros o asociados.⁵⁴

49. B) El instrumento que ha tenido una mayor repercusión en el derecho constitucional latinoamericano es el calificado como hábeas data por el artículo 5o., fracción LXXXII, de la citada Constitución brasileña de 1988, el que procede para lograr el conocimiento de informaciones relativas al promovente y que consten en registros o bancos de datos pertenecientes a entidades gubernamentales de carácter público, o bien para obtener la rectificación de datos, cuando el afectado no prefiere hacerlo por conducto de un proceso reservado, ya sea judicial o administrativo. Como puede observarse, dicho instrumento tiene por objeto proteger a los gobernados contra las posibles afectaciones de la información electrónica que se ha extendido de manera notable en nuestra época y que puede lesionar gravemente a los particulares. Con toda razón, la doctrina ha estimado que tanto en el caso de esta institución como de otras establecidas por vez primera en la Carta brasileña, aun cuando no se expida de inmediato ley reglamentaria, deben aplicarse directamente las normas fundamentales. Pero para facilitar esta aplicación, poco tiempo después de promulgada dicha Ley Suprema, el Tribunal Federal de Recursos (en la actualidad Tribunal Superior de Justicia) expidió el Auto (acordado) número 1,245

⁵⁴ Cfr. Fix-Zamudio, Héctor, "Jurisdicción constitucional y protección de los derechos fundamentales en América Latina", cit., *supra* nota 1, pp. 65-66.

del 13 de diciembre de 1988, en el que establece las directrices del procedimiento tanto del hábeas data como del mandado de injunção, y les otorgan preferencia sobre todos los actos judiciales, con exclusión del mandamiento de amparo y del hábeas corpus.⁵⁵

50. Debido a los problemas que puede generar la informática en los derechos de los gobernados, el hábeas data ha tenido, con esa denominación, una amplia repercusión en los ordenamientos constitucionales posteriores a la Carta brasileña de 1988 que creó dicha institución, y así fue introducida en las Constituciones de Paraguay, de 1992, de Perú, de 1993, y en la reforma constitucional argentina de 1994, así como en el texto de la Ley Fundamental de Ecuador, revisado en 1996.

51. a) El artículo 135 de la Carta Fundamental de Paraguay de junio de 1992, establece al respecto: "Del hábeas data. Toda persona puede acceder a la información y los datos que sobre sí misma o sobre sus bienes obren en registros oficiales o privados de carácter público, así como conocer el uso que se haga de los mismos y de su finalidad. Podrá solicitar ante el magistrado competente la actualización de la rectificación o la destrucción de aquéllos, si fuesen erróneos o afectaran ilegalmente sus derechos".

52. b) El artículo 200, inciso 3, de la Constitución peruana de 1993, inspirándose en la institución brasileña, establece como garantía constitucional la "acción de hábeas data que procede contra el hecho u omisión, por parte cualquier autoridad, funcionario o persona que vulnera o amenaza los derechos a que se refiere el artículo 2o., incisos 5, 6 y 7 de la Constitución". Sin embargo, mediante la Ley 26,470, del 12 de junio de 1995, se suprimió de la protección del hábeas data, lo dispuesto por el citado inciso 7 del artículo 2o. de dicha Carta, por lo que los preceptos fundamentales que quedan comprendidos en dicha tutela disponen en su parte conducente que:

Artículo 2o. Toda persona tiene derecho:... 5) a solicitar sin expresión de causa la información que requiera y recibirla de cualquier entidad pública, en el plazo legal, con el costo que suponga el pedido. Se exceptúan las in-

⁵⁵ Cfr. Sidou, J. M. Othon, "Las nuevas figuras del derecho procesal constitucional brasileño: *mandado de injunção* y hábeas data", y Silva, José Afonso da, *Mandado de injunção e hábeas data*, ambos citados *supra* nota 5, pp. 179-186 y 53-69, respectivamente.

formaciones que afectan la intimidad personal y las que expresamente se excluyan por ley o por razones de seguridad nacional... 6) A que los servicios informáticos, computarizados o no, públicos o privados, no suministren informaciones que afecten la intimidad personal y familiar.

53. Como lo señala correctamente el constitucionalista peruano Víctor Julio Ortecho Villena, el objeto de este procedimiento es la exigencia de que los registros, archivos y centros de información contengan datos verdaderos, actualizados y dignos de credibilidad y, además, la protección del honor, la buena reputación, así como la intimidad personal y familiar.⁵⁶ Se consideró tan importante este nuevo mecanismo tutelar, que el mismo Congreso Constituyente expidió, el 2 de mayo de 1994, una ley provisional para establecer el procedimiento que debía seguirse al tramitarse este instrumento; y en su artículo 3o. dispuso la aplicación supletoria de la Ley de Amparo y Hábeas Corpus.⁵⁷

54. c) El tercer ordenamiento que acogió esta institución de origen brasileño fue la Carta Federal argentina en su texto reformado en agosto de 1994. Al respecto, establece el penúltimo párrafo del artículo 43 constitucional: "Hábeas data. Toda persona podrá interponer esta acción para tomar conocimiento de los datos a ella referidos y de su finalidad, que consten en registros o bancos de datos públicos, o los privados destinados a proveer informes, y en caso de falsedad o discriminación, para exigir la supresión, rectificación, confidencialidad o actualización de aquéllos. No podrá afectarse el secreto de las fuentes de información periodística".

55. La doctrina considera que dicho instrumento tutela esencialmente el derecho a la intimidad frente al desarrollo vertiginoso de la informática. Aun cuando se estima que debe expedirse una ley reglamentaria de la disposición constitucional transcrita (se han presentado varias iniciativas en el Congreso Nacional), en tanto que esto no ocurra se sostiene que después de hacerse las gestiones previas para solicitar la información o las

⁵⁶ *Jurisdicción constitucional. Procesos constitucionales*, cit., *supra* nota 11, p. 193.

⁵⁷ Cfr. Ortecho Villena, Víctor Julio, *op. ult. cit.*, pp. 191-206; Rodríguez Domínguez, Elvito A., *Derecho procesal constitucional*, Lima, Grijley, 1997, pp. 151-165; Abad Yupanqui, Samuel B., "Hábeas data y conflicto entre órganos constitucionales. Dos nuevos procesos constitucionales", *La Constitución de 1993. Análisis y comentarios I*, Lima, Comisión Andina de Juristas, 1994, pp. 265-272.

rectificaciones pertinentes, si no se obtiene una reparación satisfactoria, puede acudirse a la acción de amparo.⁵⁸

56. d) Finalmente, en la Constitución ecuatoriana, de acuerdo con su texto codificado en 1996, título II, sección II, *De las garantías de los derechos*, párrafo III, Del hábeas data, artículo 30, en el cual se establece:

Toda persona tiene derecho a acceder a los documentos, bancos de datos e informes que sobre sí misma o sobre sus bienes consten en entidades públicas o privadas, así como a conocer el uso que se haga de ellos y su finalidad. Igualmente podrá solicitar ante el funcionario o juez competente la actualización, rectificación, eliminación o anulación de aquéllos si fueren erróneos o afectaren ilegítimamente sus derechos. Se exceptúan los documentos reservados por razones de seguridad nacional.⁵⁹

57. C) El tercer instrumento novedoso introducido por la Constitución brasileña de octubre de 1988 recibe el nombre equívoco de *mandado de injunção*, ya que no obstante esa denominación tiene similitud con el *writ of injunction* angloamericano, pero posee un significado diverso e inclusive contrario, pues en tanto que este último se traduce en un mandato prohibitivo, ya sea provisional o definitivo, la institución brasileña regulada por el artículo 5o., fracción LXXI, constitucional, procede cuando la ausencia de una norma reglamentaria impida el ejercicio de los derechos y libertades constitucionales o de las prerrogativas que se refieren a la nacionalidad, la soberanía y la ciudadanía, lo que implica que se trata de un mecanismo para lograr que se supere la omisión en que incurre una autoridad con facultades legislativas para dictar disposiciones reglamentarias.⁶⁰

⁵⁸ Cfr. Ekmekdjian, Miguel Ángel y Pizzolo, Calogero, hijo, *Hábeas data. El derecho a la intimidad frente a la revolución informática*, Buenos Aires, Depalma, 1996, pp. 95-115; Sagüés, Néstor Pedro, *Derecho procesal constitucional*, tomo 3, *Acción de amparo*, 4a. ed., Buenos Aires, Editorial Astrea, 1995, capítulo XXVII, "Amparo y hábeas data en la reforma constitucional de 1994", pp. 663-687; Seisdedos, Felipe, "Amparo, hábeas data y hábeas corpus en la reforma de 1994", cit. *supra* nota 22, pp. 445-448.

⁵⁹ Cfr. Salgado Pesantes, Hernán, "La jurisdicción constitucional en el Ecuador", en la obra coordinada por Domingo García Belaúnde y Francisco Fernández Segado, *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*, Madrid, Dykinson, 1997, pp. 586-587.

⁶⁰ Cfr. Sidou, J. M. Othon, "Las nuevas figuras de derecho procesal constitucional brasileño: *mandado de injunção* y *hábeas data*", y Silva, José Afonso da, *Mandado de injunção e hábeas data*, ambos citados *supra* nota 5, pp. 169-179, y 9-52, respectivamente.

58. Ésta es una institución que plantea problemas complicados, ya que en principio supone la existencia de la llamada “inconstitucionalidad por omisión de disposiciones legislativas”, que resulta difícil aplicación, como lo ha demostrado la jurisprudencia de las Cortes y Tribunales Constitucionales europeos, los que han admitido que cuando el legislador incurre en una omisión que afecta derechos fundamentales de los gobernados, que no pueden aplicarse sin la reglamentación legislativa, el juez constitucional puede integrar la norma faltante para hacer posible el respeto del derecho afectado, sin perjuicio de que el mismo legislador cumpla con su deber normativo.⁶¹ El único ordenamiento constitucional europeo que regula de manera expresa la declaración de inconstitucionalidad por omisión es la Carta portuguesa de 1976-1982, la cual dispone, en su actual artículo 283, que el Tribunal Constitucional, cuando no se hubiesen expedido las disposiciones legislativas necesarias para lograr el cumplimiento de las disposiciones constitucionales, podrá recomendar a los órganos legislativos que las expidan en un plazo razonable.⁶²

59. Es posible que el nuevo instrumento procesal brasileño se inspire tanto en el modelo portugués como en la jurisprudencia de otros tribunales constitucionales europeos, pero no resulta sencilla su aplicación en la práctica, porque implica mayores facultades de integración para los jueces constitucionales, y por ello resulta bastante novedoso este instrumento en el ámbito latinoamericano, pero no obstante sus problemas, esperamos que pueda extenderse a otros ordenamientos de nuestra región.⁶³

60. D) Finalmente, hacemos una breve mención de la llamada *acción de cumplimiento*, que como garantía constitucional fue establecida por el artículo 200.6 de la Constitución peruana de 1993 de la siguiente manera:

⁶¹ La doctrina constitucional italiana, al referirse a los fallos de la Corte Constitucional, señala que las sentencias pueden ser “additive”, “sustitutive” o “legislative” cuando establecen disposiciones normativas que debieron haber sido expedidas por el legislador. Cfr. Martínez, Temístocle, *Diritto pubblico*, 2a. ed., Milán, Giuffrè, 1992, pp. 439-440; Vergottini, Giuseppe de, *Diritto costituzionale*, Padua, Cedam, 1997, pp. 643-645.

⁶² Cfr. Miranda, Jorge, *Manual di direito constitucional*, Coimbra, Coimbra Editora Limitada, 1990, tomo II, pp. 507-527.

⁶³ Cfr. Fernández Segado, Francisco, “La dinamización de los mecanismos de garantía de los derechos y de los intereses difusos en el Estado Social”, cit., *supra* nota 6, pp. 608-627, quien realiza un excelente estudio comparativo sobre este cuestión de la inconstitucionalidad por omisión.

“La acción de cumplimiento, que procede contra cualquier autoridad o funcionario renuente a acatar una norma legal o un acto administrativo, sin perjuicio de las responsabilidades de ley”. Este instrumento procesal fue reglamentado, conjuntamente con la acción de hábeas data, por la Ley 26,301, promulgada el 2 de mayo de 1994 y expedida por el mismo Congreso Constituyente (con la denominación de Ley de Hábeas Data y de Acción de Cumplimiento), y como se ha mencionado tiene aplicación supletoria la Ley de Amparo y Hábeas Corpus (véase *supra* párrafo 53).⁶⁴

61. Esta institución tiene cierta similitud con el llamado *writ of mandamus* del derecho angloamericano, que significa la petición de una orden judicial para obligar a una autoridad remisa que cumpla con una obligación legal.⁶⁵ No debemos olvidar que el clásico fallo dictado en el asunto *Marbury versus Madison*, que inició el desarrollo de la revisión judicial en los Estados, se dictó con motivo de una petición de orden de *mandamus*.⁶⁶ Como antecedente en Latinoamérica podemos mencionar los llamados “mandamientos de ejecución”, que conjuntamente con los de “prohibición” (estos últimos similares al *writ of injunction* angloamericano) (véase *supra* párrafo 57), fueron introducidos en códigos y constituciones provinciales argentinos a fines de los años cincuenta.⁶⁷ La doctrina peruana, estima el antecedente inmediato, de la acción de cumplimiento se encuentra en el artículo 87 de la Carta colombiana de 1991, según el cual: “Toda persona podrá acudir ante la autoridad judicial para hacer efectivo el cumplimiento de una ley o de un acto administrativo”.

⁶⁴ Cfr. Ortecho Villena, Víctor Julio, *Jurisdicción constitucional. Procesos constitucionales*, cit., *supra* nota 11, pp. 207-214; Rodríguez Domínguez, Elvito A., *Derecho procesal constitucional*, cit., *supra* nota 57, pp. 169-170.

⁶⁵ Cfr. Allen, Richard B., “Mandamus, Quo Warranto, Prohibition and Ne Exeat”, *The University of Illinois Law Forum*, primavera de 1960, pp. 102 y ss.; Lawson, F. H., *Remedies of English Law*, Middlesex, Inglaterra, 1972, pp. 205-210.

⁶⁶ Cfr. Garraty, John A., “The Case of the Missing Commissions (Marbury v. Madison, J. Cranch 137)”, en el libro colectivo editado por el mismo autor, *Quarrels that Have Shaped the Constitution*, Nueva York, Harper & Row, 1966, pp. 1-14.

⁶⁷ Cfr. Fix-Zamudio, Héctor, *La protección jurídica y procesal de los derechos humanos ante las jurisdicciones nacionales*, Madrid, UNAM-Civitas, 1982, pp. 93-96, Linares Quintana, Segundo V., *Derecho constitucional de las nuevas Provincias*, Buenos Aires, Depalma, 1962.

V. LAS ACCIONES POPULARES

62. Las acciones populares como instrumentos de garantía constitucional han asumido diversos significados en el derecho latinoamericano. En una visión panorámica y de resumen podemos señalar varias categorías: a) como medio para ejercer una acción abstracta de inconstitucionalidad, b) como una acción para reclamar la inconstitucionalidad o ilegalidad contra reglamentos normas y disposiciones generales de carácter administrativo y c) como instancia para tutelar derechos o intereses difusos o trascendentales y, en general, de carácter colectivo.

63. a) El primer concepto de acción popular como instancia abstracta contra la inconstitucionalidad de las leyes se consolidó desde los primeros años de este siglo (con antecedentes en las Cartas del siglo XIX) en los ordenamientos constitucionales de Colombia y Venezuela y ha tenido una larga práctica en dichos países hasta llegar a la actualidad, y posteriormente se consagró en los ordenamientos de El Salvador, Nicaragua y Panamá, así como en las Constituciones de algunas Provincias argentinas.⁶⁸

64. En la actualidad esta acción popular de inconstitucionalidad está regulada por los artículos 241 y 242 de la Constitución colombiana de 1991 (214 de la Carta anterior de 1886); 215, ordinales 3 y 4 de la Constitución venezolana de 1961; por el 183 de la Carta salvadoreña de 1983; por el 187 de la Ley Suprema de Nicaragua de 1987 (pero con la denominación de "recurso"), y por el 203, inciso 1, de la Constitución de la República de Panamá de 1972, reformada sustancialmente en 1983.⁶⁹

⁶⁸ Cfr. Fix-Zamudio, Héctor, *op. ult. cit.*, pp. 138-144; *idem*, "Jurisdicción constitucional y protección de los derechos fundamentales en América Latina", cit., *supra* nota 1, pp. 83-85.

⁶⁹ La bibliografía es muy amplia, por lo que nos limitaremos a citar algunos estudios recientes: Sáchica, Luis Carlos, *Nuevo constitucionalismo colombiano*, Santa Fe de Bogotá, Temis, 1992, pp. 130-135; Henao Hidrón, Javier, *Panorama del derecho constitucional colombiano*, 8a. ed., Santa Fe de Bogotá, Temis, 1992, pp. 291-292; Tobo Rodríguez, Javier, *La Corte Constitucional y el control de constitucionalidad en Colombia*, cit., *supra* nota 35, pp. 149-151; Brewer Carías, Allan R., *Instituciones políticas y constitucionales*, tomo VI, *Justicia constitucional*, Caracas-San Cristóbal, Universidad Católica del Táchira-Editorial Jurídica Venezolana, 1996, pp. 544-556; Cifuentes Muñoz, Eduardo, "La jurisdicción constitucional en Colombia"; Ayala Corao, Carlos M., "La jurisdicción constitucional en Venezuela"; Anaya Barraza, Salvador Enrique, "La jurisdicción constitucional en El Salvador"; Rodríguez Robles, Francisco, "La jurisdicción constitucional en Panamá", estos últimos cuatro trabajos publicados en el libro

65. En términos generales, esta acción popular de inconstitucionalidad de carácter abstracto (calificada de recurso en el ordenamiento de Nicaragua), puede ser interpuesta por cualquier persona, sin necesidad de acreditar interés jurídico, directamente ante la Corte Suprema de Justicia (Corte Constitucional en Colombia, y Sala Constitucional de la Corte Suprema, en El Salvador). La sentencia que se dicte tendrá efectos generales o *erga omnes* (esto sin influencia de las cortes o tribunales constitucionales europeos que son posteriores a la creación de este instrumento).

66. Merece una mención especial el ordenamiento constitucional colombiano, ya que en reformas posteriores a la Constitución de 1886 y actualmente en la reciente Carta de julio de 1991, se estableció la facultad, primero de la Corte Suprema de Justicia en pleno, y ahora de la Corte Constitucional, para declarar la inconstitucionalidad, con efectos generales y por vicios de procedimiento, de las reformas a la Carta Fundamental, a petición de cualquier persona. Esta atribución fue ejercitada por la citada Suprema Corte de Justicia al declarar sin efecto inexecutable dos reformas constitucionales, según sentencias del 25 de mayo de 1978 y del 3 de noviembre de 1981.

67. b) El segundo sector representado por la acción popular es el regulado por el artículo 200 inciso 5 de la Constitución peruana de 1993, de acuerdo con el cual: "Procede por infracción de la Constitución y de la ley, contra los reglamentos, normas administrativas y resoluciones y decretos de carácter general, cualquiera que sea la autoridad de la que emanen". Este instrumento ya había sido establecido anteriormente en el ordenamiento fundamental del Perú, tanto en la Carta de 1933 (artículo 133) como en la de 1979 (artículo 295). Bajo la vigencia de la Constitución de 1979 se expidió la Ley 24,968 Procesal de la Acción Popular, publicada el 22 de diciembre de 1988, todavía en vigor, la que reglamenta el procedimiento de dicha acción y que debe plantearse ante la Sala en turno de la Corte Superior del Distrito Judicial al que pertenece el órgano emisor, cuando las normas impugnadas son de carácter regional o local, y ante la Sala correspondiente de la Corte Superior de Lima, en los demás casos, con apelación y, en su defecto, en consulta obligatoria ante la Sala respectiva

La jurisdicción constitucional en Iberoamérica, cit., *supra* nota 59, pp. 474-477; 937-942; 607-608, y 811-812, respectivamente.

de la Suprema Corte de Justicia.

68. Dicha acción popular puede interponerse por cualquier persona ante el Poder Judicial cuando se alega la inconstitucionalidad o la ilegalidad de reglamentos y normas administrativas y contras las resoluciones y decretos de carácter general que expida el Poder Ejecutivo, los gobiernos regionales y locales y demás personas de derecho público, inclusive antes de su publicación. Los fallos tienen efectos generales desde el momento de su publicación en cuanto a los preceptos impugnados, pero también respecto de aquellos a los cuales deben extenderse dichos efectos por conexión o consecuencia.⁷⁰

69. c) La tercera categoría de acciones populares de carácter constitucional, que son las consagradas en los ordenamientos constitucionales de Brasil y Colombia, están dirigidas a la protección de los llamados intereses (en realidad derechos) difusos o trascendentales, que asumen cada vez mayor importancia en esta época de desarrollo tecnológico y económico, en el que con frecuencia se afecta la esfera jurídica de un número indeterminado de personas, las que no pueden ser tuteladas jurídicamente por medio de los instrumentos procesales tradicionales .

70. No pretendemos por la brevedad de este estudio hacer un examen de la evolución que ha experimentado esta categoría de intereses y derechos en numerosos ordenamientos contemporáneos,⁷¹ pero debemos destacar que también se han desarrollado instrumentos procesales para

⁷⁰ Cfr. Ortecho Villena, Víctor Julio, *Jurisdicción constitucional. Procesos constitucionales*, cit., *supra* nota 11, pp. 221-234; Rodríguez Domínguez, Elvito A., *Derecho procesal constitucional*, cit., *supra* nota 57, pp. 95-108.

⁷¹ Destacan en este campo dos eventos académicos de particular relieve; el primero se efectuó en la ciudad de Pavía, Italia, los días 11 y 12 de junio de 1974, cuyos trabajos se publicaron en el volumen intitulado *Le azioni a tutela di interesse collettivi*, Padua, Cedam, 1976; ahí se puso el acento en el análisis de varias ramas procesales, es decir, en las materias administrativa, civil y penal. El segundo se formó con los estudios discutidos en el III Congreso de la Asociación Internacional de Derecho Comparado realizado en la Universidad de Salerno los días 22-25 de mayo de 1975, que fueron publicados en la obra *La tutela degli interessi diffusi in diritto comparato, con particolare riguardo alla protezione dell'ambiente e dei consumatori*, Milán, Giuffrè, 1976. A los anteriores debe agregarse el estudio relativo a "La protección de los intereses difusos, fragmentarios y colectivos en el proceso civil" ("Der Schutz diffuser kollektiver Interessen in Zivilprozessrecht"), presentado en el VII Congreso Internacional de Derecho Procesal efectuado en Würzburg, República Federal de Alemania, y cuya ponencia general estuvo a cargo de los profesores Mauro Cappelletti y Brian Garth. Este trabajo apareció en la obra colectiva editada por Walter J. Habscheid, *Effektiver Rechtschutz und Verfassungsmässige Ordnung- Effectivnes of*

proteger dichos intereses en los ordenamientos latinoamericanos.⁷² En primer lugar debemos hacer referencia a la acción popular de la Constitución brasileña que ya había sido regulada por las Constituciones Federales anteriores de 1946 y 1967, por lo que reglamentada por la Ley 4,717, del 29 de junio de 1965, que amplió la esfera de las normas constitucionales para comprender la tutela de los intereses difusos de los sectores sociales no organizados. Dicha acción popular esta regulada por el artículo 5o., fracción LXXIII, de la Carta Federal vigente de 1988, de la siguiente manera: “Cualquier ciudadano es parte legítima para proponer la acción popular que pretende anular un acto lesivo para el patrimonio público o de una entidad en que el Estado participe, para la moralidad administrativa, para el medio ambiente o para el patrimonio histórico y cultural, quedando el actor, salvo las del carácter procesal al vencido”, con lo cual recoge la evolución que propició la citada ley reglamentaria de 1965.⁷³

71. La Constitución colombiana de 1991 regula la acción popular constitucional de manera más amplia en su artículo 88, según el cual:

La ley regulará las acciones populares para la protección de los derechos e intereses colectivos, relacionados con el patrimonio, el espacio, la seguridad y la salubridad públicos, la moral administrativa, el ambiente, la libre competencia económica y otros de similar naturaleza que se definen en ella.

Judicial Protection and Constitutional Order, Bielefeld, Gieseck Verlag, 1984; Lozano-Higuero y Pinto, Manuel, *La protección procesal de los intereses difusos*, Madrid, 1983. Recientemente la joven investigadora mexicana Hernández Martínez, María del Pilar, publicó el documentado estudio comparativo *Mecanismos de tutela de los intereses difusos y colectivos*, México, UNAM, 1997.

⁷² Podemos citar algunos ejemplos de estudios doctrinales: Morello, Mario Augusto, “Legitimación procesal de los colegios profesionales, de las organizaciones de protección de los consumidores y de defensa de intereses difusos”, en la obra colectiva *La justicia entre dos épocas*, La Plata, Librería Editora Platense, 1983, pp. 181-206; Fernández Segado, Francisco, “La dinamización de los mecanismos de garantía de los derechos y de los intereses difusos en el Estado Social”, cit., *supra* nota 36, pp. 582-597; Fix-Zamudio, Héctor, “Ejercicio de las garantías constitucionales sobre la eficacia del proceso”, en el libro del propio autor, *Latinoamérica: Constitución, proceso y derechos humanos*, cit., *supra* nota 23, pp. 488-493.

⁷³ Cfr. Barbosa Moreira, José Carlos, “Legitimación para la defensa de los intereses difusos”, en la obra *X Congreso Nacional de Derecho Procesal*, La Plata, 1981, tomo II, pp. 1240-1288; Neves, Celso, “Legitimação processual e a nova Constituição”, *Revista de Processo*, núm. 56, octubre-diciembre de 1989, pp. 1-40; Silva, José Afonso da, *Curso de direito constitucional positivo*, cit., *supra* nota 8, pp. 400-408.

También regulará las acciones originadas en los daños ocasionados a un número plural de personas, sin perjuicio de las correspondientes acciones particulares.⁷⁴

72. Aun cuando no corresponde a este sector de las acciones colectivas, el artículo 43 de la Constitución argentina, reformada en agosto de 1994, recogió esta evolución sobre la tutela de los intereses o derechos difusos, pero en lugar de encomendarlo a una acción específica, comprendió dicha protección expresamente en la acción de amparo, ya que el segundo párrafo de dicho precepto se dispuso claramente que

Podrán interponer esta acción (de amparo) contra cual forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización.

Si bien no se legitima a cualquier persona, se extiende de manera considerable dicha ley al *Ombudsman* y a las asociaciones de defensa de dichos derechos colectivos. Por ese motivo la doctrina considera que se ha creado un "amparo colectivo".⁷⁵

VI. LOS TRIBUNALES Y SALAS CONSTITUCIONALES EN LATINOAMÉRICA Y LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

73. A partir de la independencia de las antiguas colonias de España y Portugal, los países latinoamericanos recién formados tomaron la Constitución de los Estados Unidos de 1787 como su modelo en muchos aspectos. En particular, por medio de la influencia de la clásica obra de

⁷⁴ Cfr. Sábica, Luis Carlos, *Nuevo derecho constitucional colombiano*, cit., *supra* nota 69, pp. 213-22.

⁷⁵ Cfr. Gozaíni, Osvaldo Alfredo, *El derecho de amparo. Los nuevos derechos y garantías del art. 43 de la Constitución Nacional*, cit., *supra* nota 20, pp. 86-100; Natale, Alberto, *Comentarios sobre la Constitución. La reforma de 1994*, cit., *supra* nota 22, pp. 66-69.

Alexis de Tocqueville, *La democracia en la América Norte*,⁷⁶ introdujeron de manera paulatina la revisión judicial de la constitucionalidad de las leyes, es decir el sistema calificado de “americano”, de acuerdo con el cual todos los jueces ordinarios (y en ciertos casos, sólo algunos de ellos) pueden decidir en los procesos concretos de los cuales conocen, sobre la conformidad de la ley aplicable con la Constitución (sistema difuso), de oficio o a petición de parte (por la vía incidental, llamada erróneamente, por vía de excepción) y la resolución que dicten si declara la inconstitucionalidad de las disposiciones legislativas sólo tiene efectos para esos casos concretos (desaplicación).⁷⁷

74. Sin embargo, con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial, surgió el llamado “sistema continental europeo” de la constitucionalidad de los actos de autoridad, calificado también de “austriaco”, por haberse inspirado en el modelo de la Constitución austriaca de 1920, en la cual, por influencia del ilustre jurista Hans Kelsen, se introdujo un órgano concentrado denominado Corte Constitucional, para la solución de los conflictos derivados de la aplicación de las normas fundamentales. Esta Carta Federal fue suprimida con el golpe de Estado de 1934 y desapareció con la anexión a la Alemania nazi, pero fue restablecida en 1945.⁷⁸ Estos tribunales o cortes constitucionales se extendieron de manera considerable en los países de Europa Occidental en la segunda posguerra y posteriormente en otros ordenamientos de manera muy dinámica, inclusive en los de Europa Oriental y la actual Federación Rusa, que a partir de 1989 abandonaron el modelo soviético.⁷⁹

75. Este sistema “europeo” o “austriaco” se difundió ampliamente en América Latina en las últimas décadas. Primero de manera incipiente, pero en los últimos años con mayor fuerza, sin afectar esencialmente la tradición “americana”, es decir, sin que se hubiese producido su incom-

⁷⁶ Cfr. Cuya primera edición castellana traducida por A. Sánchez de Bustamante apareció en París en 1835 y fue ampliamente conocida por los juristas y políticos latinoamericanos poco tiempo después.

⁷⁷ Cfr., entre muchos otros, Eder, Phanor J., “Judicial Review in Latin America”, *Ohio Law Journal*, 1960, pp. 570-615.

⁷⁸ Cfr. Fix-Zamudio, Héctor, *Los tribunales constitucionales y los derechos humanos*, 2a. ed., México, Porrúa, 1985, pp. 43-84.

⁷⁹ Cfr. el excelente estudio panorámico, no obstante su brevedad, de Favoreu, Louis, *Los tribunales constitucionales*, trad. de Vicente Villacampa, Barcelona, Ariel, 1994.

patibilidad con la desaplicación de las disposiciones legislativas por los jueces ordinarios o, en su caso, por la Corte o Tribunal Supremos, contrariamente a lo que ocurrió en el continente europeo, en el cual predominó, sin ser absoluto, el criterio opuesto, o sea el de la prohibición en principio a los propios jueces ordinarios para decidir las cuestiones de constitucionalidad en los casos concretos sometidos a su conocimiento.⁸⁰

76. Dentro de la tendencia a la incorporación, en los ordenamientos latinoamericanos, de los rasgos del modelo austriaco, con diversos matices, podemos señalar el establecimiento de la Corte de Constitucionalidad en Guatemala (1965-1985); del Tribunal de Garantías Constitucionales de Ecuador (1978-1983), actualmente Tribunal Constitucional, en el texto codificado de 1996; del Tribunal peruano de Garantías Constitucionales (Carta de 1979), en la actualidad Tribunal Constitucional (Constitución de 1993); la transformación de la Corte Suprema de Justicia de México, pero conservando su nombre, en un tribunal constitucional, por medio de las reformas constitucionales y legales de 1988, 1995 y 1996; de la Corte Constitucional colombiana (Carta de 1991), y del Tribunal Constitucional de Bolivia (reformas de 1994). Además, debe destacarse la creación de Salas Constitucionales autónomas en el seno de las Cortes Supremas de El Salvador (1983-1991), Costa Rica (reforma constitucional de 1989) y Paraguay (Carta de 1992).⁸¹

77. Como puede observarse, los tribunales, cortes y salas constitucionales se han extendido de manera considerable en nuestra región. No pretendemos examinar su organización, competencia y funcionamiento, lo que exigiría la elaboración de un estudio monográfico, sino exclusivamente poner de relieve que estos organismos especializados de solución de conflictos constitucionales tienen entre su competencias más importantes (con exclusión del Tribunal Constitucional de Chile, que es esencialmente un organismo jurisdiccional de conflictos) el conocimiento, en última y definitiva instancia, de las garantías constitucionales específicas de protección de los derechos humanos que hemos examinado con anterioridad, tanto las tradicionales como los más recientes.

⁸⁰ Cfr. García de Enterría, Eduardo, *La Constitución como norma jurídica, y el Tribunal Constitucional*, Madrid, Civitas, 1981, pp. 49-59.

⁸¹ Además de los autores mencionados en la nota 12, puede consultarse la reciente obra comparativa de carácter colectivo *Una mirada a los Tribunales Constitucionales. Las experiencias recientes*, Lima, Comisión Andina de Juristas-Konrad Adenauer Stiftung, 1995.

78. Los Tribunales y Cortes Constitucionales de nuestra época han concentrado varias funciones relativas a la solución de conflictos constitucionales, entre ellas los conflictos de competencia y atribución entre los órganos del Estado, y respecto de los entes territoriales, es decir, controversias sobre las atribuciones horizontales y verticales de los entes superiores del propio Estado, y si bien las decisiones sobre estas cuestiones, incluyendo las acciones abstractas de inconstitucionalidad, son de gran trascendencia, consideramos que las de mayor significado se refieren a la protección de los derechos humanos de los gobernados, tanto los consagrados en el ámbito interno como en los tratados internacionales.⁸²

79. Inclusive tratándose del control preventivo respecto de disposiciones legislativas que realiza el Consejo Constitucional francés, el cual inició sus actividades con la Constitución de 1958 como un organismo esencialmente político, el mismo ha evolucionado hacia una verdadera jurisdicción en virtud de su composición, su procedimiento y sus funciones. Uno de los aspectos esenciales de su jurisprudencia en los últimos años se refiere a la protección de los derechos fundamentales de los gobernados, a pesar de que en Francia no existe actualmente una garantía constitucional específica.⁸³ Aun cuando todavía no ha tenido consagración legislativa, debe mencionarse que el 29 de marzo de 1990 el entonces Primer Ministro Michel Rocard presentó al Parlamento francés una iniciativa de reforma de los artículos 61, 62 y 63 de la Constitución, para introducir la impugnación al Consejo Constitucional, por vía de excepción (es decir por vía incidental), de las leyes relativas a los derechos fundamentales reconocidas a toda persona por la misma Carta Suprema, con motivo de un proceso que se tramite ante una autoridad jurisdiccional.

80. Con mayor razón en nuestra región, que tanto ha padecido durante las dictaduras militares y gobiernos autoritarios, y no obstante que el péndulo se ha inclinado por gobiernos civiles democráticos no ha podido desterrar por completo las infracciones a los derechos humanos de sus

⁸² Cfr. el documentado libro editado por Louis Favoreu, *Cours constitutionnelles européennes et droits fondamentaux*, París-Aix-en-Provence, Economica-Presses Universitaire d'Aix-Marseille, 1982, traducido al castellano por Luis Aguiar de Luque y María Gracia Rubio de Casas, *Tribunales constitucionales europeos y derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1984.

⁸³ Cfr. Luchaire, François, *Le Conseil Constitutionnel*, París, Economica, 1980; Favoreu, Louis y Loïc, Philip, *Les grands décisions du Conseil Constitutionnel*, 7a. ed., París, Sirey, 1993.

habitantes, la labor de los Tribunales, Cortes Salas Constitucionales ha sido muy significativa en los últimos años y asume particular importancia en cuanto a la jurisprudencia, en algunos ordenamientos muy abundante, como la última instancia protectora de las garantías constitucionales protectoras de los derechos humanos.

VII. EL OMBUDSMAN CRIOLLO

81. Tomamos esta terminología de un breve pero profundo análisis del jurista mexicano Jorge Madrazo Cuéllar, que desempeñaba en la época en que lo escribió el cargo de Presidente de la Comisión Nacional de Derechos Humanos.⁸⁴ Con esta frase el autor ha querido significar que si bien los organismos no jurisdiccionales de protección de los derechos humanos han tomado como modelo la institución de origen escandinavo, se ha establecido en la mayoría de los ordenamientos latinoamericanos, en años muy recientes, y “debe trabajar la institución en la defensa de los derechos humanos en un ambiente donde su cultura de aceptación, promoción y respeto no es general; y donde la arbitrariedad y la impunidad golpean su de por sí frágil presencia”.

81. Sin embargo, no obstante todos estos obstáculos, consideramos que estos instrumentos no jurisdiccionales de protección de derechos humanos han desempeñado una labor esencial de apoyo y colaboración con los tribunales tanto ordinarios como especializados en su conocimiento y resolución de las diversas garantías constitucionales que hemos comentado brevemente con anterioridad.

82. No haremos referencia, debido a la índole resumida de este trabajo, a los antecedentes escandinavos del *Ombudsman* ni a su dinámico desarrollo en la segunda posguerra, tanto en Europa continental como en varios ordenamientos de la tradición jurídica del *common law*, e inclusive en numerosos países en vías de desarrollo en Asia y en África, pero también en los países de Europa Oriental que abandonaron recientemente el modelo soviético. Como es bien sabido, tales organismos no jurisdiccionales han asumido diversos nombres, como los de Parliamentary Commissioner,

⁸⁴ *El Ombudsman criollo*, México, Comisión Nacional de Derechos Humanos, 1996.

Médiateur, Volksanwaltschaft (abogacía popular), Difensore Civico, etcétera, pero los más próximos a los ordenamientos latinoamericanos han sido el Promotor de la Justicia de Portugal (Constitución de 1976-1986) y, de manera especial, el Defensor del Pueblo español (Constitución de 1978), que ha sido el modelo inmediato, inclusive en su denominación, para la mayoría de las legislaciones de nuestra región, lo que resulta explicable, en virtud de que con anterioridad a los dos últimos organismos mencionados, la institución estaba dirigida hacia la protección de los derechos e intereses legítimos de los administrados, pero en Portugal y España, que estuvieron sometidos a largas dictaduras, estos organismos asumieron como función esencial la tutela de los derechos humanos.⁸⁵

83. En una muy breve síntesis podemos afirmar que la introducción de organismos similares al *Ombudsman* en América Latina ha sido tardía debido al desconocimiento que se ha tenido de la institución, que en un principio parecía muy alejada de las tradiciones jurídicas latinoamericanas. Además, hasta hace pocos años eran escasos los estudios en idioma castellano sobre este instrumento tutelar de los derechos humanos. Sin embargo, como lo hemos afirmado en el párrafo anterior, muy especialmente la creación del Defensor del Pueblo español, así como los estudios comparativos de los juristas hispanos Álvaro Gil Robles y Gil Delgado,⁸⁶ y Víctor Fairén Guillén,⁸⁷ dieron un gran impulso al análisis de este instrumento por los tratadistas latinoamericanos.

84. En visión panorámica, podemos mencionar: a) Procurador de los Derechos Humanos de Guatemala, Constitución del 31 de mayo de 1985, artículos 273-275, y Ley de la Comisión de los Derechos Humanos del

⁸⁵ Cfr. Fix-Zamudio, Héctor, *Protección jurídica y procesal de los derechos humanos ante las legislaciones nacionales*, cit., *supra* nota 67, pp. 281-344. *idem*, *Protección jurídica de los derechos humanos. Estudios comparativos*, México, Comisión Nacional de Derechos Humanos, 1991, pp. 189-213.

⁸⁶ *El control parlamentario de la administración (El Ombudsman)*, 2a. ed., Madrid, Instituto de Administración Pública, 1981; *idem*, "El Defensor del Pueblo y su impacto en España y en América Latina", *Revista de la Asociación Iberoamericana del Ombudsman*, Santa Fe de Bogotá, núm. 3, diciembre de 1994, pp. 53-84.

⁸⁷ *El Defensor del Pueblo. Ombudsman*, tomo I, *Parte general* y tomo II, *Parte especial*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1982 y 1986.

Congreso de la República y del Procurador de los Derechos Humanos, del 1 de octubre de 1986, con reformas posteriores.⁸⁸

85. b) Defensor del Pueblo de Colombia, Constitución del 7 de julio de 1991, artículos 281-286, preceptos desarrollados por la Ley 24, del 15 de diciembre de 1991.⁸⁹

86. c) Defensoría del Pueblo de Perú, Constitución de septiembre de 1993, artículos 191 y 192, reglamentados por la Ley 26,520 Orgánica de la Defensoría del Pueblo, del 8 de agosto de 1995.⁹⁰

87. d) *Defensor del Pueblo* de Bolivia, Constitución de 1967, reformada sustancialmente el 12 de julio de 1994, artículos 127 a 131, que no han sido todavía reglamentados.

88. e) Defensor del Pueblo de Ecuador, Constitución de 1978, reformada en enero de 1996, y cuyo texto codificado por el Congreso Nacional fue publicado el 18 de junio de ese año, artículo 29. Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo publicada el 20 de febrero de 1997.⁹¹

89. f) Procurador para la Defensa de los Derechos Humanos de El Salvador, Constitución de 1983, reformada el 31 de octubre de 1991, artículo

⁸⁸ Cfr. Bassels Tojoa, Édgar Alfredo, *El Procurador de los Derechos Humanos*, Guatemala, Universidad de San Carlos, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, 1987; León Carpio, Ramiro de, "El Ombudsman en Guatemala", *La experiencia del Ombudsman en la actualidad. Memoria*, México, Comisión Nacional de Derechos Humanos, 1992, pp. 127-138; García Laguardia, Jorge Mario, "El sistema constitucional de Guatemala", en el libro coordinado por Domingo García Belaúnde, Francisco Fernández Segado y Rubén Hernández, *Los sistemas constitucionales iberoamericanos*, Madrid, Dykinson, 1992, pp. 552-553.

⁸⁹ Cfr. Córdoba Triviño, Jaime, "Procuraduría General de la Nación y Defensoría del Pueblo en Colombia", *La experiencia del Ombudsman en la actualidad*, cit., nota anterior, pp. 117-125, *idem*, "La Defensoría del Pueblo en Colombia", *La Defensoría del Pueblo, retos y posibilidades*, Lima, Comisión Andina de Juristas, 1995, pp. 31-45; Madrid-Malo Garizábal, Mario, "El control defensorial en Colombia", *Revista de la Asociación Iberoamericana del Ombudsman*, cit., *supra* nota 86, p. 85-94.

⁹⁰ Cfr. Abad Yupanqui, Samuel, "El Ombudsman o Defensor del Pueblo en la Constitución peruana de 1993. Retos y limitaciones", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 86, mayo-agosto de 1996, pp. 401-417; *idem*, "Defensoría del Pueblo y administración de justicia. Elementos para el debate", *La Constitución de 1993. Análisis y Comentarios. III*, Lima, Comisión Andina de Juristas-Konrad Adenauer Stiftung, 1996, pp. 91-101.

⁹¹ Cfr. Vaca Moreno, Lucía, "El Defensor del Pueblo", *Ruptura*, Revista de la Asociación Escuela de Derecho de la Facultad de Jurisprudencia de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, Quito, 1996, pp. 39-51; *idem*, "República romana", publicado en la obra *Estudios de homenaje al cincuentenario de su fundación*, Quito, Facultad de Jurisprudencia de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, 1996, pp. 363-382.

194. Ley de la Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos promulgada el 20 de febrero de 1992.⁹²

90. g) Defensor de los Habitantes de Costa Rica, Ley del mismo nombre publicada el 10 de diciembre de 1992.⁹³

91. h) Comisionado de los Derechos Humanos de la República de Honduras, Constitución de 1982, reformada por decretos del 27 de diciembre de 1994 y 7 de febrero de 1995, artículo 59. Ley Orgánica del Comisionado Nacional de los Derechos Humanos, promulgada el 10 de noviembre del citado año de 1995.⁹⁴

92. i) Procurador para la Defensa de los Derechos Humanos de Nicaragua, Constitución de 1987, reformada el 1 de febrero de 1995, artículo 138, inciso 30. Ley de la Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos, publicada el 10 de enero de 1996.

93. j) Defensor del Pueblo de Argentina, Constitución de 1853-1860, reformada el 22 de agosto de 1994, artículo 86. Es preciso aclarar que en dicho país la institución ha sido objeto de evolución paulatina, ya que primero se introdujo en varias Constituciones y leyes provinciales, así como en algunas ciudades, entre ellas Buenos Aires (Contraloría General Comunal, 17 de octubre de 1985), y en el ámbito nacional, primero como organismo desconcentrado y posteriormente como un comisionado parlamentario, pero con su actual denominación, regulado por la Ley 24,284 de 1993 sobre el propio Defensor del Pueblo, que con algunas modificaciones sigue en vigor después de ser elevada la institución a rango constitucional en agosto de 1994.⁹⁵

⁹² Cfr. Fix-Zamudio, Héctor, "Garantías de los derechos, control judicial, amparo, *Ombudsman*", cit., *supra* nota 1, pp. 627-628.

⁹³ Cfr. Rojas Franco, Enrique, *El Defensor del Pueblo*, San José, Costa Rica, Iberoamericana de Ediciones, 1993; Vega Robert, Rolando, *El Defensor de los Habitantes*, San José, Costa Rica, Investigaciones Jurídicas, 1993.

⁹⁴ Cfr. Volio, Fabián; Río, María del Consuelo del, y Esquivel, Max, *Funciones y alcances de la Oficina del Comisionado Nacional de Derechos Humanos de Honduras. Estudio introductorio*, San José-Tegucigalpa, Instituto Interamericano de Derechos Humanos-Real Ministerio de los Países Bajos para la Cooperación, 1995.

⁹⁵ La bibliografía argentina sobre el *Ombudsman* y su introducción en ese país, es bastante amplia, por lo que nos limitamos a señalar algunas obras significativas: Maiorano, Jorge L., *El Ombudsman. Defensor del Pueblo y las instituciones republicanas*, Buenos Aires, Ediciones Macchi, 1987, pp. 331-337; Gozañi, Osvaldo Alfredo, *El Defensor del Pueblo* (Ombudsman), Buenos Aires, Ediar, 1989, pp. 197-250. Sobre la regulación actual, entre otros, Luna, Eduardo Fernando, "El Defensor del Pueblo", *Derecho constitucional de la reforma de 1994*, cit., *supra* nota 22, tomo II, pp.

94. k) Defensor del Pueblo de Paraguay, Constitución del 20 de junio de 1992, artículos 276-280. No se ha expedido todavía la Ley Reglamentaria.

95. l) Comisionados de Derechos Humanos de México, Constitución de 1917, reformada el 27 de enero de 1992, artículo 102, Apartado B. También en nuestro país la evolución de estos organismos no jurisdiccionales fue paulatina, pues además de algunos antecedentes en las entidades federativas, la Comisión Nacional de Derechos Humanos se creó por decreto presidencial del 5 de junio de 1990, y fue elevado a nivel constitucional en la citada modificación de enero de 1992, en la cual se dieron las bases para el establecimiento de Comisiones en los Estados y en el Distrito Federal. La Ley de la Comisión Nacional fue expedida por el Congreso de la Unión y publicada el 29 de junio de 1992. Las leyes orgánicas de los Estados y del Distrito Federal siguen los lineamientos de la ley nacional con algunos aspectos peculiares, por lo que funcionan, además de la Comisión Nacional, 32 Comisiones Locales, de las cuales corresponden 31 a los Estados y una al Distrito Federal. Por tanto, México tiene un sistema muy amplio de organismos no jurisdiccionales de protección de los derechos humanos.⁹⁶

89-114; Gil Domínguez, Andrés, "El Defensor del Pueblo", en su libro *En busca de una interpretación constitucional. Nuevos enfoques sobre la reforma de 1994*, Buenos Aires, Ediar, 1997, pp. 221-235.

⁹⁶ La bibliografía mexicana es extensa. Citamos sólo algunos trabajos importantes: Aguilar Cuevas, Madgalena, *El Defensor del Ciudadano (Ombudsman)*, México, UNAM-Comisión Nacional de Derechos Humanos, 1991, pp. 113-138; Carpizo, Jorge, *Derechos Humanos y Ombudsman*, México, UNAM-Comisión Nacional de Derechos Humanos, 1993; Madrazo Cuéllar, Jorge, *Derechos Humanos. El nuevo enfoque mexicano*, México, FCE, 1993; Rabasa Gamboa, Emilio, *Vigencia y efectividad de los derechos humanos en México. Análisis Jurídico de la Ley de la CNDH*, México, Comisión Nacional de Derechos Humanos, 1992; Armienta Calderón, Gonzalo, *El Ombudsman y la protección de los derechos humanos*, México, Porrúa, 1992; Fix-Zamudio, Héctor, "Algunas reflexiones sobre el Ombudsman y el Poder Judicial en México", en *El Ombudsman Judicial. Perspectivas internacionales*, México, Comisión Nacional de Derechos Humanos, 1993, pp. 187-221; *idem*, *Comentarios a la Ley de la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal*, 2a. ed., México, Porrúa, 1996; López Chavarría, José Luis y otros, *Evolución normativa de la Comisión Nacional de Derechos Humanos*, México, Comisión Nacional de Derechos Humanos, 1993; García Sánchez, Antonio y otros, *Sistema de protección no jurisdiccional de los derechos humanos*, México, Comisión Nacional de Derechos Humanos, 1994; Roccatti, Mireille, *Los derechos humanos y la experiencia del Ombudsman en México*, Toluca, Comisión de Derechos Humanos del Estado de México, 1995; Fernández Ruiz, Jorge, *Compilación de leyes de los organismos públicos de protección y defensa de los derechos humanos*, México, Comisión Nacional de Derechos Humanos, 1997.

VIII. CONCLUSIONES

96. De las reflexiones anteriores podemos llegar a las siguientes conclusiones:

97. *Primera.* La protección procesal y jurídica de los derechos humanos ha evolucionado de manera considerable en los últimos años y se ha transformado en un sistema sumamente complejo. En primer término, desde el siglo anterior se introdujeron de manera paulatina dos instrumentos tradicionales, inspirados en el derecho angloamericano, y en especial el de los Estados Unidos. Nos referimos al hábeas corpus para proteger la libertad y la integridad personal, y el derecho de amparo, para tutelar los restantes derechos consagrados constitucionalmente. El primero se ha consagrado prácticamente en todas los ordenamientos constitucionales de nuestra región, ya sea con su nombre original, aceptado en el idioma castellano o con las designaciones de exhibición personal o amparo de la libertad. Por lo que respecta al derecho de amparo, en su sentido estricto se ha establecido en numerosas legislaciones de Latinoamérica, y en sentido amplio comprende otros instrumentos similares, como el mandado de segurança brasileño (mandamiento de amparo), el recurso de protección chileno y la acción de tutela colombiana

98. *Segunda.* El derecho de amparo en sentido amplio ha evolucionado en los ordenamientos más recientes, y ya no comprende únicamente, de acuerdo con su modelo tradicional, la tutela de los derechos fundamentales distintos de la libertad e integridad personal, protegidas por el hábeas corpus frente a las autoridades públicas, sino que por influencia de la jurisprudencia de la Corte Suprema argentina se extendió a la tutela de los mismos derechos respecto de los "particulares", en realidad en cuanto a los grupos sociales en situación de predominio (grupos de presión), y de manera paulatina se introdujo este sector de manera expresa en varias legislaciones de nuestra región. También se ha ampliado la protección del derecho de amparo en relación con los derechos consagrados por los tratados internacionales, e inclusive a algunos de estos tratados se les ha reconocido de manera expresa jerarquía de normas constitucionales.

99. *Tercera.* En las más recientes Cartas latinoamericanas y especialmente en la brasileña de octubre de 1988, que creó varios instrumentos novedosos, se introdujeron instituciones tutelares diversas de los tradicionales

del hábeas corpus y del derecho de amparo en su sentido amplio, tales como el *mandado de segurança* colectivo, el hábeas data, el *mandado de injunção*, la acción de cumplimiento y las acciones populares de carácter constitucional. Con estas nuevas garantías constitucionales se hace más amplia la tutela de los derechos fundamentales, ya que protegen derechos colectivos políticos, económicos y sociales; el derecho a la intimidad frente al desarrollo de la informática; el derecho a exigir el cumplimiento de una obligación por parte de las autoridades públicas, se crea una impugnación para subsanar las omisiones legislativas que impiden el cumplimiento de los preceptos constitucionales sobre derechos humanos, y se extiende esa protección hacia los intereses y derechos difusos o trascendentales que corresponden a grupos sociales no organizados e indeterminados.

100. *Cuarta*. No obstante que a partir de la independencia de las antiguas colonias de España y Portugal se adoptó el llamado “sistema americano” de control constitucional de los actos de autoridades, incluyendo las legislativas por influencia de la Constitución Federal de los Estados Unidos, de carácter difuso e incidental, con efectos particulares respecto de las disposiciones legislativas inconstitucionales (desaplicación), en la segunda posguerra se advierte la trascendencia del calificado como “sistema europeo occidental” o “austriaco”, por haberse inspirado en la Constitución austriaca de 1920, que introdujo un organismo jurisdiccional especializado en la solución de conflictos constitucionales, con un régimen concentrado, principal y con efectos generales o *erga omnes* por lo que respecta a la declaración de la inconstitucionalidad de las leyes. Es así que en combinación con el sistema difuso se introdujeron en las Constituciones latinoamericanas Tribunales, Cortes y Salas constitucionales en Guatemala, Chile, Ecuador, Perú, Colombia, Bolivia, Costa Rica, El Salvador y Paraguay. Estos organismos jurisdiccionales especializados, con excepción del de Chile, que funciona de manera predominante como tribunal de conflictos, además de resolver controversias de competencia y atribución y acciones abstractas de inconstitucionalidad, tiene la función esencial —que le ha otorgado la primacía en su jurisprudencia—, de tutelar los derechos humanos, tanto los consagrados en las normas fundamentales como en los tratados internacionales, por actuar como órganos de última instancia en la resolución de las garantías constitucionales que hemos señalado. Inclusive en México, si bien no se ha modificado el nombre de

la Suprema Corte de Justicia, en las reformas constitucionales y legales de 1988, 1995 y 1996, la misma se ha transformado en un verdadero tribunal constitucional.

101. *Quinta.* Aun cuando los organismos no jurisdiccionales de protección de derechos humanos que siguen el modelo escandinavo del *Ombudsman*, no pueden considerarse como instrumentos procesales en sentido estricto, sin embargo se incluyen entre las garantías constitucionales por el auxilio y la colaboración que prestan a los tribunales que conocen dichos mecanismos de carácter procesal. Su introducción en Latinoamérica ha sido reciente y asume aspectos peculiares, por lo que ha sido calificado como "*Ombudsman criollo*". *Su labor es de gran trascendencia para crear una verdadera cultura de respeto a los derechos humanos, la que se ha logrado así sea con muchas dificultades. Se ha extendido esta institución a numerosos países de la región, de manera predominante a nivel constitucional, y son ya muy pocos los que no la han adoptado.*

NOTAS SOBRE EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Breve desarrollo histórico*. III. *La Comisión Interamericana de Derechos Humanos*. IV. *La Corte Interamericana de Derechos Humanos*. V. *Las relaciones entre ambos organismos*. VI. *Perspectivas*. VII. *Conclusiones*.

I. INTRODUCCIÓN

1. El desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos ha sido espectacular en los años que siguieron al fin de la Segunda Guerra Mundial y ha evolucionado de manera creciente en diversas direcciones, tanto a nivel universal como regional, y en diversas materias puesto que ha originado la aprobación de numerosos tratados y declaraciones, así como la creación de principios y de normas de carácter internacional, algunas de las cuales han llegado a configurar disposiciones de *ius cogens*.¹

2. Además del aumento constante de normas sustantivas internacionales sobre derechos humanos, también se han establecido organismos de carácter supranacional para su protección subsidiaria o complementaria

* Publicado en la obra *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*, Madrid, Dykinson, 1997, pp. 161-224. Se reproduce con la debida autorización de la editorial.

¹ En la parte relativa del artículo 53 de la Convención de Viena, del 23 de mayo de 1969 sobre el Derecho de los Tratados, precepto que se refiere a los tratados que estén en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*) se dispone: "...Para los efectos de la presente Convención, una norma imperativa de derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter". Cfr. Gómez Robledo, Antonio, *El ius cogens internacional. Estudio histórico-crítico*, México, UNAM, 1982, pp. 91-118.

cuando no se ha logrado la tutela efectiva de los citados derechos en el ámbito interno. Todas estas normas han adquirido de manera paulatina características específicas en relación con las disposiciones generales del derecho internacional y por ello se han agrupado en una nueva disciplina que ha recibido el nombre de derecho internacional de los derechos humanos.²

3. Son varios los aspectos que otorgan carácter específico a esta rama del derecho internacional general, y muy brevemente podemos señalar que mientras este último tiene como sujetos a los Estados soberanos, el derecho internacional de los derechos humanos otorga a los individuos y a los grupos no gubernamentales la naturaleza de sujetos y no de objetos de la protección internacional. Así lo señala Pedro Nikken, destacado internacionalista y ex Presidente de la Corte Interamericana, cuando afirma que el tema de la personalidad jurídica internacional de los individuos se ha vinculado con la aptitud de la persona natural para ser directamente titular de derechos y obligaciones en el ámbito internacional o con la posibilidad de ejercer por sí mismos esos derechos.³

4. Aun cuando se trata de una rama jurídica muy reciente, ya que se puede afirmar que su materia se consolidó realmente a partir de la terminación de la Segunda Guerra Mundial, particularmente con la creación de las Naciones Unidas y el surgimiento paulatino de organismos internacionales de tutela de los derechos humanos, es posible señalar algunos de sus lineamientos esenciales que la distinguen del derecho internacional tradicional. El primer aspecto, ya señalado, es el objeto de las normas del derecho internacional de los derechos humanos, que está dirigido a crear directamente, y no por conducto de los Estados, prerrogativas en beneficio de las personas consideradas individual y colectivamen-

² Cfr., entre otros, Buergenthal, Thomas, *International Human Rights*, St. Paul, Minnesota, West Publishing Company, 1988; Hitters, Juan Carlos, *Derecho internacional de los derechos humanos*, tomo I, *Convenio Europeo de Derechos Humanos. La Carta Social Europea*, tomo II, *Sistema Interamericano. El Pacto de San José, Costa Rica*, Buenos Aires, Ediar, 1991 y 1993.

³ Cfr. *La protección internacional de los derechos humanos. Su desarrollo progresivo*, Madrid, Civitas-Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1987, pp. 65-75; Seara Vázquez, Modesto, "El individuo ante las jurisdicciones internacionales en la práctica actual", *Comunicaciones al VI Congreso Internacional de Derecho Comparado*, México, UNAM, 1962, pp. 223-232; Rodríguez y Rodríguez, Jesús, *El derecho de acceso del individuo ante las jurisdicciones internacionales*, tesis profesional, México, 1965, pp. 69-185.

te, y a garantizarles el acceso, así sea subsidiario pero directo, ante los organismos internacionales de protección. Lo anterior significa que estas normas, y particularmente las establecidas en los tratados sobre la materia, deben interpretarse y aplicarse de manera *progresiva y humanitaria*.⁴

5. Esta nueva disciplina puede dividirse en dos sectores esenciales. El primero se refiere a la enumeración de los derechos humanos de carácter sustantivo o material. Como segundo sector se ha configurado una categoría normativa de carácter procesal, todavía más reciente, que puede denominarse derecho procesal internacional de los derechos humanos.⁵

6. De estos dos sectores, el más novedoso es sin duda el de carácter procesal, pues como lo sostuvo el ilustre procesalista español Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, hasta los años setenta de este siglo, en los que escribió su clásico estudio, los procesalistas no habían mostrado mucho interés por el enjuiciamiento internacional de los derechos humanos.⁶ Esta situación perdura todavía, pues son escasos los trabajos que se han escrito por los tratadistas de la ciencia procesal sobre la organización de los organismos no jurisdiccionales de instrucción y de los tribunales internacionales de derechos humanos y sobre los procedimientos que se siguen ante ellos.

7. En efecto, han sido esporádicos los esfuerzos que se refieren a los aspectos esencialmente procesales de la tramitación ante dichos organismos tutelares. Para no hacer sino referencia a la situación en el sistema

⁴Cfr. Nikken, Pedro, obra citada en la nota anterior, especialmente pp. 105-162; Hitters, Juan Carlos, *Derecho internacional de los derechos humanos*, cit., *supra* nota 2, tomo I, pp. 171-204. Como la jurisprudencia de la Corte lo ha subrayado en varias ocasiones, la regla genérica establecida por el inciso 1 del artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, en el sentido de que la interpretación de los propios tratados debe hacerse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin, asume una dimensión más amplia cuando dichos tratados regulan derechos humanos, ya que el objeto y fin de los mismos es la tutela de la persona humana y no de los Estados.

⁵Cfr. Fix-Zamudio, Héctor, "Lineamientos procesales de los procedimientos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos", en la obra editada por Rafael Nieto Navia, *La Corte y el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, San José, Costa Rica, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1994, pp. 147-188.

⁶"Protección procesal internacional y derechos humanos", en la obra *Veinte años de evolución de los derechos humanos*, México, UNAM, 1974, pp. 275-384. Reproducido posteriormente en el libro del mismo autor, *La protección procesal internacional de los derechos humanos*, Madrid, Tecnos, 1975.

interamericano, podemos señalar algunos análisis actuales que se ocupan de esta materia. En primer término destacamos los agudos razonamientos del distinguido tratadista uruguayo Héctor Gros Espiell, quien fuera juez y Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos;⁷ en segundo lugar, el penetrante examen realizado por el conocido procesalista chileno Hugo Pereira Anabalón.⁸ En fechas más recientes deben señalarse los trabajos más amplios de dos destacados procesalistas argentinos, es decir, Juan Carlos Hitters, quien también aborda el sector sustantivo del sistema interamericano,⁹ y Osvaldo Alfredo Gozaíni, cuyo libro está dedicado íntegramente a la materia procesal.¹⁰

8. El derecho internacional de los derechos humanos, tanto en su aspecto sustantivo como en el procesal, asume varias dimensiones. En primer término puede señalarse el ámbito universal, que corresponde a la esfera de las Naciones Unidas, la que ha cumplido recientemente 50 años de fructífera actividad.¹¹ En la esfera de la normatividad sustantiva, el sistema universal es muy amplio, pues comprende gran cantidad de tratados y declaraciones sobre un campo muy amplio de los derechos humanos, pero los documentos esenciales de naturaleza genérica los podemos concretar en la Declaración Universal de los Derechos del

⁷"El procedimiento contencioso ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos", en la obra *La Corte Interamericana de Derechos Humanos. Estudios y documentos*, San José, Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1985, pp. 67-101; reproducido en su libro *Estudios sobre Derechos Humanos, II*, Madrid, Instituto Interamericano de Derechos Humanos-Civitas, 1988, pp. 145-188.

⁸*La protección de los derechos humanos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Santiago, Colegio de Abogados de Chile, 1990 (Ponencia General para las XII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal, Mérida, España, mayo de 1990).

⁹*El derecho internacional de los derechos humanos*, cit., *supra* nota 2, tomo II, dedicado al sistema interamericano.

¹⁰*El proceso transnacional. Particularidades procesales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Buenos Aires, Ediar, 1992.

¹¹Cfr. Seara Vázquez, Modesto, "Introducción. La Organización de las Naciones Unidas: diagnóstico y tratamiento", en la obra editada por el mismo autor *Las Naciones Unidas a los cincuenta años*, México, FCE, 1995, pp. 9-39. Sobre la extensa labor de las propias Naciones Unidas en el campo de protección de los derechos humanos puede consultarse la obra *United Nations Action in the Field of Human Rights*, Ginebra, Centro para los Derechos Humanos, 1994; Villán Durán, Carlos, "La protección internacional de los derechos humanos en el sistema de las Naciones Unidas. Desarrollos normativos e instituciones entre 1948 y 1988", *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, San José, Costa Rica, núm. 8, julio-diciembre de 1988, pp. 77-87.

Hombre, expedida en París el 10 de diciembre de 1948, y en los Pactos de las Naciones Unidas sobre Derechos Civiles y Políticos, y sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, expedidos en la ciudad de Nueva York el 16 de diciembre de 1966 y que entraron en vigor los días 3 de marzo y 23 de enero de 1976, respectivamente.

9. Por lo que respecta a la esfera instrumental, además de algunos órganos que se ocupan del análisis de violaciones genéricas de derechos humanos, como la Comisión de Derechos Humanos y la Subcomisión para la Prevención de Discriminaciones y Protección de Minorías que dependen del Consejo Económico y Social de las propias Naciones Unidas, el organismo que realiza funciones parajudiciales de investigación de denuncias individuales de la violación de los derechos humanos en el ámbito mundial es el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, que inició sus actividades en 1976, establecido por el Protocolo Facultativo al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos mencionado anteriormente. De acuerdo con los respectivos artículos 28 y 45 del Pacto y del Protocolo, el Comité está integrado por 18 expertos electos a título individual por un periodo de cuatro años, con posible reelección, entre los nacionales de los Estados Partes en el Pacto, que deberán ser personas de gran integridad moral y con reconocida competencia en materia de derechos humanos.¹²

10. Además del sistema universal, se han establecido varios de carácter regional que también poseen disposiciones normativas sustanciales y procesales. Hasta el momento dichos sistemas son cuatro: a) europeo, b) americano, c) africano y d) de la Comunidad de Estados Independientes, este último creado por los Estados que se formaron a la desintegración de la Unión Soviética.

11. a) Muy brevemente podemos afirmar que el más desarrollado es el sistema europeo, que desde el punto de vista material, y para no mencionar sino los instrumentos de carácter general, se conforma con la

¹² Cfr. *United Nations Action in the Field of Human Rights*, cit., nota anterior, pp. 25 y 45-47; Robertson, A. H., "Pactos y Protocolo Opcional de las Naciones Unidas, Convención Americana y Convención Europea de los Derechos Humanos. Estudio comparativo", en la obra *La protección internacional de los derechos del hombre. Balance y perspectivas*, México, UNAM, 1983, pp. 145-208; Buergenthal, Thomas, Grossman, Claudio y Nikken, Pedro, *Manual Internacional de Derechos Humanos*, Caracas-San José, Instituto Interamericano de Derechos Humanos-Editorial Jurídica Venezolana, 1990, pp. 31-32.

Convención de Salvaguardia de los Derechos del Hombre y de las Libertades Fundamentales, suscrito en la ciudad de Roma el 4 de noviembre de 1950 y en vigor desde el 3 de septiembre de 1953, así como con la Carta Social Europea suscrita en la ciudad de Turín el 18 de octubre de 1961. En cuanto a la esfera procesal, ésta corresponde a la Comisión y a la Corte Europeas de Derechos Humanos, con sede en la ciudad de Estrasburgo, y que tienen a su cargo, esencialmente, la recepción e investigación de las reclamaciones individuales sobre la violación de los derechos establecidos en la Convención de Roma de 1950, anteriormente mencionada. Estos dos organismos sirvieron de modelo para el establecimiento de la Comisión y de la Corte Interamericanas de Derechos Humanos, como lo señalaremos más adelante (véase *infra* párrafo 29).¹³

12. Muy brevemente podemos señalar que tanto la Comisión como la Corte Europeas se integran respectivamente con los comisionados y con los jueces, designados a título individual por el Parlamento Europeo a proposición de cada uno de los Estados miembros del Consejo de Europa y Partes en el Convenio de Roma, que actualmente ascienden a 38 con el ingreso reciente de la Federación Rusa y varios países que pertenecieron al anterior régimen socialista. Dicha Comisión conoce de las reclamaciones presentadas, ya sea por uno de los Estados partes de dicha Convención, o bien por una persona física, un grupo de particulares o una organización no gubernamental. Tratándose de reclamaciones individuales, además de un sometimiento expreso de los Estados Partes a la competencia de la Comisión, deben demostrar que actúan en calidad de víctimas directas y en algunos supuestos, como afectados indirectos, de violaciones a los derechos consagrados en la Convención de Roma.

13. Si no es posible llegar a una solución amistosa y la Comisión considera después de una investigación de carácter contradictorio que existe violación de los derechos consagrados en la Convención, redacta un informe que no tiene carácter obligatorio. Con dicho informe termina la primera etapa del procedimiento de aplicación de la Convención de Roma, el que es transmitido a los Estados Partes interesados, al Consejo de Ministros y al Secretario General del Consejo de Europa para fines de

¹³ La bibliografía es muy amplia, pero nos limitaremos a citar, por su estudio panorámico, a la obra de Hitters, Juan Carlos, *Derecho internacional de los derechos humanos*, cit., *supra* nota 2, tomo I.

su publicación. Una vez elaborado ese informe, la Comisión cuenta con un plazo de tres meses para someter el asunto a la Corte Europea de Derechos Humanos o, en caso contrario, al Comité de Ministros del Consejo de Europa, para que este organismo se encargue del cumplimiento de las recomendaciones formuladas por la Comisión. Si el asunto es sometido a la Corte, el informe de la mencionada Comisión se publica de manera inmediata, pero si se turna al Comité de Ministros, no se da a la publicidad hasta que lo decida dicho Comité.¹⁴

14. La Corte Europea de Derechos Humanos inició sus actividades el 23 de enero de 1959 y reside, como también la Comisión Europea, en la ciudad de Estrasburgo. Como ya se ha dicho, se integra con un juez nacional de cada uno de los Estados firmantes de la citada Convención de Roma de 1950. Son electos por el Parlamento Europeo por un periodo de nueve años y son reelegibles. Dicho organismo posee facultades predominantemente contenciosas, ya que las de carácter consultivo le fueron otorgadas posteriormente en el Protocolo Adicional número 2, de acuerdo con el cual únicamente el Comité de Ministros del Consejo de Europa puede formular consultas sobre cuestiones jurídicas relativas a las cuestiones sobre contenido o extensión de los derechos y libertades consagradas en el título I de la propia Convención. Estas atribuciones contrastan con las muy amplias conferidas a la Corte Interamericana de Derechos Humanos (véase *infra* párrafos 91 y siguientes).

15. Como es bien sabido, únicamente los Estados Partes en la Convención que se hubiesen sometido a la competencia contenciosa de la Corte Europea pueden recurrir directamente ante ella, ya que los particulares deben acudir previamente a la Comisión Europea de Derechos Humanos y esta última es la que estaba facultada para plantear reclamaciones individuales ante la Corte, en la inteligencia de que sólo pueden ser de-

¹⁴Cfr. Cohen-Jonathan, Gérard, *La Convention Européenne des Droits de l'Homme*, Aix-en-Provence-Paris, Presses Universitaires d'Aix-Marseille-Economica, 1989, pp. 31-154; García de Enterría y otros, *El sistema europeo de protección de los derechos humanos*, Madrid, Civitas, 1979, pp. 109-121; Buergenthal, Thomas, Grossman, Claudio y Nikken, Pedro, *Manual Internacional de derechos humanos*, cit., *supra* nota 12; Carrillo Salcedo, Juan Antonio, "The European System of Protection of Human Rights", en la obra editada por Federico Carpi y Chiara Giovannucci Orlandi, *Judicial Protection of Human Rights at the National and International Level*, Milán, Giuffrè, 1991, tomo I, pp. 357-386, y Hitters, Juan Carlos, *Derecho internacional de los derechos humanos*, estas dos obras citadas *supra* nota 2, pp. 57-66, y tomo I, pp. 297-311, respectivamente.

mandados los Estados que también se hubiesen sometido expresamente a la jurisdicción obligatoria del tribunal. El procedimiento contencioso es similar al que se sigue ante la Corte Internacional de Justicia y en forma similar a esta última, y culmina con una sentencia definitiva y obligatoria. Los jueces que no estén conformes con la mayoría pueden formular votos de disidencia.

16. La actividad contenciosa de la Corte Europea ha sido muy amplia y creciente, ya que ha pronunciado 469 fallos entre noviembre de 1960 y el 23 de julio de 1994, que han enriquecido de manera considerable la interpretación y la aplicación de la Convención y sus Protocolos.¹⁵

17. El régimen anterior se ha modificado al entrar en vigor, en mayo de 1994, el Protocolo número 9, que establece también el acceso directo de los particulares ante la Corte Europea, pero con un sistema muy riguroso de admisión, todo ello como un paso previo a la reestructuración de la citada Corte, de acuerdo con el Protocolo número 11, suscrito el 11 de mayo de 1994 y pendiente de ratificación. Este último suprime la Comisión Europea, de manera que todo el procedimiento de instrucción y el fallo respectivo se encomendarán totalmente a la Corte, que tendrá carácter permanente.¹⁶

18. b) El sistema americano se conforma esencialmente en lo sustantivo, debido a su carácter genérico, por la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, expedida en la ciudad de Bogotá, Colombia, en mayo de 1948, y por la Convención Americana sobre De-

¹⁵ Cfr., además de los autores citados en las notas anteriores, Dijk, P. van y Hoof, G. van, *Theory and Practice of the European Convention of Human Rights*, Deventer, Kluwer, 1976; Jacobs, Francis G. *The European Convention of Human Rights*, Oxford, Clarendon Press, 1975; *idem*, "The European Convention on Human Rights", en la obra editada por Rudolf Berndhart y John Anthony Jolowicz, *International Enforcement of Human Rights*, Berlín, Springer Verlag, 1985, pp. 31-55; Vasak, Karel, *La Convention Européenne des Droits de l'Homme*, París, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1964; Robertson, A. H., *Human Rights in Europe*, 2a. ed., Manchester, Manchester University Press, 1977; Castberg, Frede, *The European Convention of Human Rights*, Nueva York, Oceana, 1974; Eissen, Marc-André, *El Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, trad. de Javier García de Enterría L. Velázquez, Madrid, Civitas, 1985.

¹⁶ Cfr. Dremczewski, Andrew y Meyer Ladewig Jens, "Principal Characteristics of the New ECHR Control Mechanism, as Established by Protocol No. 11, signed on 11 May 1994. A Single European Court of Human Rights to Replace the Existing Commission and the Court in Strasbourg", *Human Rights Law Journal*, Kehl am Rhein, núm. 3, 24 de julio de 1994, pp. 81-91. El texto inglés del citado Protocolo núm. 11 puede consultarse en la misma revista pp. 86-101; Drzemczewski, Andrew, "A Single Court of Human Rights in Strasbourg", *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, San José, Costa Rica, núm. 21, enero-junio de 1995, pp. 47-52.

rechos Humanos, suscrita en la ciudad de San José, Costa Rica (por ello también se le denomina Convención de San José), el 22 de noviembre de 1969, pero que entró en vigor en julio de 1978. En su aspecto procesal, el sistema interamericano se apoya en la Comisión y en la Corte Interamericanas de Derechos Humanos. Como el régimen americano será objeto de análisis en este breve estudio, no lo abordamos en esta oportunidad.

19. c) El sistema africano tiene su fundamento en la Carta de la Organización de la Unidad Africana (OUA) aprobada el 25 de mayo de 1963 y en vigor el 13 de septiembre del mismo año, que establece como autoridades de dicha Organización a la Conferencia de Jefes de Estado y de Gobierno, al Consejo de Ministros, la Secretaría General y la Comisión de Mediación, Conciliación y Arbitraje. El derecho internacional africano de los derechos humanos se conforma en lo sustantivo con la Carta Africana sobre Derechos Humanos y de los Pueblos, aprobada el 27 de julio de 1981 y en vigor desde el 21 de octubre de 1986. En su dimensión instrumental se ha establecido la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, que se compone de 11 miembros elegidos a título individual y por un periodo de seis años, con posible reelección, por la Asamblea de Jefes de Estado y de Gobierno.

20. Sus funciones son muy amplias pues comprenden la promoción, investigación, enseñanza y tutela de los derechos humanos, así como la interpretación de los preceptos de la Carta Africana a petición de un Estado miembro de la OUA. Interesan especialmente sus funciones de investigación de las violaciones de derechos humanos, que son planteadas directamente por los Estados miembros contra otros, así como su examen en vía indirecta de las reclamaciones de personas individuales o de grupos, los que no tienen acceso directo a la Comisión, la que escoge libremente las quejas. Respecto de estos conflictos, la Comisión realiza un procedimiento similar al del modelo europeo y formula recomendaciones a los Estados involucrados por conducto de la Asamblea de los Jefes de Estado y de Gobierno.¹⁷

21. d) Finalmente haremos una mención sucinta del sistema regional más reciente, que corresponde a la Comunidad de Estados Independientes, formado por varios de los países que integraban anteriormente la Unión Soviética.¹⁸ En la ciudad de Minsk los países que forman la citada

¹⁷ Cfr. Mascarenhas Gomes Monteiro, Antonio Manuel, "La Charte Africaine des Droits de l'Homme et des Peuples", en la obra *Judicial Protection of Human Rights at the National and International Level*, cit., *supra* nota 14, tomo I, pp. 467-483; Buergenthal, Thomas, Grossman, Claudio

Comunidad aprobaron en mayo de 1995 la Convención de Derechos Humanos de la Comunidad de Estados Independientes, que todavía no tiene normas de carácter instrumental, aun cuando los propios países y sus habitantes pueden acudir ante la Corte Europea de Derechos Humanos en cuanto ratifiquen la Convención de Roma de 1950, ya que se considera que ambos instrumentos no son incompatibles, si bien la Convención de Minsk es menos amplia que la europea. Así ha ocurrido con la Federación Rusa que fue admitida en el Consejo de Europa en 1996.¹⁹

22. Como puede observarse de la sintética explicación anterior, la evolución del derecho internacional de los derechos humanos ha sido muy dinámica en los últimos años, tanto en la esfera sustantiva como procesal, y además tanto los instrumentos normativos como los organismos de solución de conflictos sobre violación de los derechos humanos han sufrido una influencia recíproca, tanto en los ámbitos universal como regional, y además todos ellos han tenido repercusiones importantes en el derecho interno de los países que han suscrito y ratificado los propios instrumentos. Tomando en cuenta esta visión panorámica, haremos el intento de resumir en la forma más breve posible el sistema americano de protección de los derechos humanos, que ha experimentado también un desarrollo considerable en los años más recientes.

y Nikken, Pedro, *Manual internacional de derechos humanos*, cit., *supra* nota 12, pp. 115-127.

¹⁸ En la actualidad forman parte de dicha Comunidad los tres países fundadores, es decir, la Federación Rusa, Ucrania y Bielorrusia, a los cuales se han unido las repúblicas de Moldavia, Armenia, Azerbaiyán, Kazajstán, Kirguizistán, Uzbekistán, Tayikistán y Turkmenistán, cuyos órganos comunitarios residen en su mayor parte en la ciudad de Minsk. Cfr. Gélard, Patrice, "La actualité constitutionnelle en Russie et dans les pays d'Europe de l'Est et de la CEI (novembre 1993-avril 1994) et (novembre 1994-janvier 1995)", *Revue Française de Droit Constitutionnel*, núms. 18, 1994, y 21, 1995, pp. 399-418 y 204-207, respectivamente.

¹⁹ Cfr. Cançado Trindade, Antônio y Frowein, Jochen A., *Analyses of the Legal Implications for States that Intend to Ratify both the European Convention on Human Rights and its Protocols and the Convention on Human Rights of the Commonwealth of Independent States (CIS)*, Strasbourg, Council of Europe, Conseil de l'Europe, SG/nf(95) 27, 20 de diciembre de 1995.

II. BREVE DESARROLLO HISTÓRICO

23. De acuerdo con la división que hemos adoptado respecto del derecho internacional de los derechos humanos en sus categorías sustantiva y procesal, señalaremos en primer lugar el desarrollo del aspecto sustantivo, que ha evolucionado primero en sus aspectos genéricos, y posteriormente respecto de categorías sectoriales de los propios derechos.

24. Para no remontarnos a los ensayos de formación de una unión de Estados Americanos que se inició con el Tratado firmado en Panamá en 1826, y que se revivió con el establecimiento de la Unión Panamericana que comenzó sus actividades con la reunión de México de 1901, en realidad dichos esfuerzos se concretaron en 1948 con el establecimiento de la Organización de Estados Americanos (OEA). El texto original de la Carta de la OEA, expedida en la ciudad de Bogotá, Colombia, el 18 de abril de 1948 y que entró en vigor el 13 de diciembre de 1951, no contiene una declaración de derechos de la persona humana, ya que se limitó a señalar los derechos y deberes fundamentales de los Estados que suscribieron dicha Carta.

25. Fue con posterioridad, es decir, en el Protocolo de Reformas a la citada Carta de la Organización de los Estados Americanos, suscrito en Buenos Aires el 27 de febrero de 1967, cuando se hizo una referencia genérica a la tutela de los derechos humanos, en el artículo 3o. de dicha Carta, que se refiere a los principios que reafirman los Estados americanos, y cuyo inciso k) dispone: "Los Estados Americanos proclaman los derechos fundamentales de la persona humana sin hacer distinción de raza, nacionalidad, credo o sexo".

26. Sin embargo, la Novena Conferencia Internacional Americana, realizada en la ciudad de Bogotá los días 30 de marzo al 2 de mayo de 1948 en condiciones excepcionalmente dramáticas, debido a la sublevación popular conocida como "bogotazo", fue extraordinariamente fructífera en el campo de los derechos humanos, particularmente en la esfera sustantiva, puesto que se expidió la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en la sesión final de la citada Conferencia, así como la Carta Internacional Americana de Garantías Sociales en la misma fecha. Además, la mencionada Conferencia encomendó al Comité Jurídico Interamericano la elaboración de un proyecto para la creación y

funcionamiento de una Corte Interamericana destinada a garantizar los derechos del hombre.²⁰

27. La mencionada Declaración Americana ha tenido una gran trascendencia en el sistema interamericano, pues no sólo antecedió a la Declaración Universal, suscrita el 10 de diciembre de 1948, y fue el antecedente esencial de la Convención de San José, sino que ha adquirido valor jurídico vinculante, particularmente respecto de los Estados de nuestro continente que no han ratificado la Convención, según se verá más adelante (véase *infra* párrafo 78).

28. Sin duda el instrumento jurídico convencional de mayor importancia en el derecho sustantivo internacional americano radica en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, suscrita, como se ha dicho, en la ciudad de San José, Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969, durante la Conferencia Interamericana Especializada sobre Derechos Humanos.²¹

29. Al realizarse la mencionada Conferencia Especializada en la ciudad de San José, ya se habían expedido varios instrumentos convencionales internacionales sobre derechos humanos, tales como la Convención Europea de 1950 y los Pactos de las Naciones Unidas sobre Derechos Civiles y Políticos de 1966, y ya existía una amplia experiencia en materia instrumental con el funcionamiento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, que había iniciado sus actividades en 1960. Se advierte en las discusiones respectivas que se tuvieron en cuenta estos antecedentes, además de las Declaraciones Americana y Universal por lo que se refiere a los derechos tutelados, y específicamente la Convención Europea por lo que respecta a los órganos de protección, pero en ambas esferas, sustantiva y procesal, se introdujeron aspectos peculiares que se han acentuado con posterioridad.

²⁰ Cfr. Secretaría de Relaciones Exteriores, *Conferencias internacionales americanas, Segundo suplemento 1945-1954*, segunda reimpresión, México, 1990, pp. 109-219; Fernández del Castillo, Germán, "La Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre", en la obra *México en la IX Conferencia Internacional Americana*, México, Secretaría de Relaciones Exteriores, 1948, pp. 149-166; Gros Espiell, Héctor, "La Declaración Americana de los Derechos del Hombre. Raíces conceptuales de la historia y el derecho americano", en el libro del mismo autor *Estudios sobre Derechos Humanos. II*, cit., *supra* nota 7, Madrid, 1988, pp. 87-117; Zovatto, Daniel, "Antecedentes de la creación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", en la obra *La Corte Interamericana de Derechos Humanos. Estudios y documentos*, San José, Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1985, pp. 207-254.

²¹ Cfr. Hitters, Juan Carlos, *Derecho internacional de los derechos humanos*, cit., *supra* nota 2, tomo II, pp. 39-79.

30. Como en un análisis sintético del sistema interamericano sería prácticamente imposible estudiar —así fuera muy superficialmente— los derechos establecidos por ambos documentos genéricos, o sea, la Declaración y la Convención Americanas, que constituyen las fuentes esenciales del derecho sustantivo internacional interamericano de derechos humanos, aun cuando no las únicas, si se toman en cuenta las normas consuetudinarias y la jurisprudencia de los órganos protectores,²² concentraremos nuestra atención en la esfera procedimental, para tener una idea panorámica del funcionamiento del sistema.

31. a) Esta materia instrumental se inició con la creación de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos por resolución de la Quinta Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores, reunida en Santiago de Chile en 1959, como una medida provisional en tanto se aprobaba la Convención Americana en preparación.²³ El Estatuto de la Comisión se aprobó por el Consejo de la Organización de Estados Americanos el 25 de mayo de 1960 y los primeros miembros de dicho organismo tutelar fueron designados el 29 de junio de ese mismo año.

32. Es evidente que en la creación de la Comisión Interamericana se tuvo en cuenta a la Comisión Europea, que había iniciado sus funciones en la ciudad de Estrasburgo desde 1954, pero como no existía una base convencional, a la Comisión Interamericana se le otorgaron inicialmente facultades muy limitadas, dirigidas en esencia a la simple promoción de los derechos establecidos por la Declaración Americana de 1948, es decir, de acuerdo con su primer Estatuto, dicha Comisión Interamericana sólo estaba facultada para estimular la conciencia de los derechos humanos, formular recomendaciones a los gobiernos de los Estados miembros de la Organización, preparar estudios o informes, solicitar informaciones de los propios gobiernos y servir de cuerpo consultivo de la mencionada Organización.²⁴

²² Cfr. Hitters, Juan Carlos, obra citada en la nota anterior, tomo I, pp. 175-190; Piza Escalante, Rodolfo y Trejos, Gerardo, *Derecho internacional de los derechos humanos: la Convención Americana*, San José, Costa Rica, 1989, pp. 65-68.

²³ Cfr. Vasak, Karel, *La Commission Interamericaine des Droits de l'Homme*, París, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1968, pp. 32-36.

²⁴ Cfr. Uribe Vargas, Diego, *Los derechos humanos y el sistema interamericano*, Madrid, Ediciones Cultura Hispánica, 1972, pp. 138-140; Vasak, Karel, obra citada en la nota anterior, pp. 51-54.

33. En virtud de que las disposiciones del primer Estatuto de la Comisión carecían de precisión, sus integrantes pudieron actuar de tal manera que en la práctica ampliaron, en forma paulatina, esas atribuciones originales por medio de una combinación equilibrada de prudencia y valentía, que lograron la aprobación, primero tácita y posteriormente expresa, de los Estados y de los órganos directivos de la OEA, por lo que se pasó de una simple actividad de promoción a la defensa abierta de los derechos humanos por conducto de la admisión y tramitación de las quejas presentadas por individuos particulares y organizaciones no gubernamentales contra las violaciones de los derechos humanos por parte de los Estados miembros de la Organización, derechos establecidos en la Declaración Americana de 1948.²⁵

34. La labor de la Comisión Interamericana, como se ha dicho, no se limitó a sus atribuciones formales de promoción de acuerdo con lo establecido en su Estatuto original, ya que tanto en su Reglamento Interno, expedido en 1960, y reformado en 1961, 1962, 1966 y 1967, como en la práctica asumió la función más importante de la tutela de los derechos humanos en relación con los países miembros de la OEA, al recibir y tramitar tanto quejas individuales como de grupos no gubernamentales; labor que fue reconocida e institucionalizada en varias reuniones de los órganos de la propia OEA, entre las cuales pueden citarse la VII Reunión de Consulta de los Ministros de Relaciones Exteriores, efectuada en Punta del Este, Uruguay, en enero de 1962, la Segunda Conferencia Extraordinaria de la Organización, y particularmente la revisión sustancial de la Carta de la propia Organización que tuvo lugar en la Reunión de Buenos Aires, en febrero de 1967, ya que esta última elevó a la Comisión Interamericana a la jerarquía de órgano principal de la OEA (actualmente los artículos 52, inciso e), y 111).²⁶

²⁵ Cfr. Sepúlveda, César, "México. La Comisión Interamericana y la Convención Americana sobre Derechos Humanos", en la obra *La protección internacional de los derechos del hombre. Balance y perspectivas*, cit., *supra* nota 12, pp. 198-199; Fix-Zamudio, Héctor, "El sistema americano de protección de los derechos humanos", en el libro del mismo autor *Protección jurídica de los derechos humanos. Estudios comparativos*, México, Comisión Nacional de Derechos Humanos, 1991, pp. 150-151.

²⁶ El primero de dichos preceptos establece: "La Organización de los Estados Americanos realiza sus fines por medio de... e) La Comisión Interamericana de Derechos Humanos"; y el segundo dispone: "Habrà una Comisión Interamericana de Derechos Humanos que tendrá como función principal la de promover la observancia y *defensa de los derechos humanos* y de

35. En efecto, de acuerdo con las reformas al Estatuto original adoptadas en dichas reuniones y que se incorporaron al Reglamento Interno de la Comisión, ésta se transformó formalmente en una institución tanto promotora como protectora de los derechos humanos entonces consagrados por la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, incluyendo las facultades de recibir reclamaciones individuales o de grupos privados; solicitar información de los gobiernos pertenecientes a la OEA; formular un informe anual ante la Asamblea General sobre el cumplimiento de la citada Declaración y comprobar si se aplicaban los procedimientos y remedios nacionales para la tutela los mencionados derechos humanos.

36. Como lo sostuvo acertadamente el destacado internacionalista mexicano y que fuera Presidente de la Comisión Interamericana, profesor César Sepúlveda, la misma Comisión ganó sus espuelas poco a poco y merecidamente al obtener el respeto de los Estados y de la Organización regional misma, a pesar de los obstáculos naturales y de los elementos adversos que militaron en su contra, lo que confirmó el fenómeno de lo que se ha calificado como “desarrollo funcional” (y progresivo) de los organismos internacionales, en particular los dedicados a la protección de los derechos humanos.²⁷

37. b) En relación con la Corte Interamericana de Derechos Humanos, como se ha dicho con anterioridad, debe considerarse como su antecedente inmediato la resolución que se tomó en la Novena Conferencia Extraordinaria reunida en Bogotá, en 1948, y que encomendó al Comité Jurídico Interamericano la elaboración de un proyecto para crear dicha Corte Interamericana (véase *supra* párrafo 21). Sin embargo, es posible encontrar un antecedente remoto en el establecimiento de la Corte Centroamericana.

38. Dicho tribunal fue creado por la Convención suscrita en Washington, D.C., el 20 de diciembre de 1907 por Costa Rica, Guatemala, Hon-

servir como órgano consultivo de la Organización en esta materia. Una Convención interamericana sobre derechos humanos determinará la estructura, competencia y procedimiento de dicha Comisión, así como los de los otros órganos encargados de esta materia”.

²⁷En su estudio ya mencionado “México. La Comisión Interamericana y la Convención Americana”, cit., *supra* nota 25, pp. 199-203.

duras, Nicaragua y El Salvador, y tenía un carácter predominantemente jurisdiccional, ya que decidía en forma imperativa las controversias que le sometieran dichos Estados. La Corte Centroamericana se estableció primeramente en la ciudad de Cartago, Costa Rica, pero debido al terremoto que destruyó su sede en esa ciudad se trasladó posteriormente a San José (en donde reside la actual Corte Interamericana). Funcionó hasta 1918, cuando finalizó la vigencia de la Convención de Washington, que desafortunadamente ya no fue renovada.

39. La citada Corte Centroamericana podía conocer tanto de conflictos entre los Estados Partes como de reclamaciones individuales de personas residentes en uno de esos Estados, pero del cual no fueran nacionales, lo que cual constituyó el primer precedente mundial sobre el acceso de particulares ante un tribunal internacional. Por lo que respecta al primer sector, la propia Corte estaba facultada para resolver, según el artículo I de la Convención: "Todas las controversias o cuestiones que entre ellas (las partes en la Convención) pudieran sobrevenir, de cualquier naturaleza que sean y cualquiera que sea su origen, en caso de que las respectivas Cancillerías no hubiesen llegado a un avenimiento". Además, el sometimiento de los Estados partes en el tratado no era potestativo sino obligatorio.

40. La atribución más significativa, y que puede considerarse como antecedente de las que se confieren a la Corte Interamericana, radica en la facultad de la Corte Centroamericana para resolver, en los términos del artículo II de la Convención:

Las cuestiones que inicien los particulares de un país Centroamericano contra alguno de los otros Gobiernos contratantes por violación de Tratados o Convenciones y en los demás casos de carácter internacional, sea que su Gobierno apoye o no dicha reclamación; y con tal que se hubiesen agotado los recursos que las leyes del respectivo país concedieren contra tal violación o se demostrare denegación de justicia.

41. Como puede observarse, la competencia obligatoria de la Corte Centroamericana era muy amplia, inclusive tratándose de reclamaciones individuales, con el único requisito de que se hubiesen agotado los recursos internos, salvo que se hubiese producido denegación de justicia. Como fracasó el intento de convertirlo en permanente, dicho tribunal no pudo consolidarse, ya que durante sus 10 años de actividades conoció de seis

reclamaciones de particulares contra Estados, tres demandas de Gobierno a Gobierno, pero no resolvió en cuanto al fondo ninguna de ellas.²⁸

42. Una vez señalados en forma muy breve los antecedentes de los aspectos instrumentales del sistema interamericano de derechos humanos, haremos un breve análisis del régimen actual y del desarrollo de los dos organismos esenciales del propio sistema, es decir, la Comisión y la Corte Interamericanas de Derechos Humanos, según lo dispuesto por la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que incorporó a la primera y creó la segunda.

III. LA COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

43. La evolución de la estructura y funciones de la Comisión culminó, como se ha dicho, con la expedición de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, suscrita en la ciudad de San José, Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969 y en vigor desde el 18 de julio de 1978, una vez que se alcanzó el número requerido de ratificaciones. En esta Convención se estableció la obligatoriedad del respeto y protección de los derechos humanos que consagra dicho instrumento (predominantemente de carácter individual), y además introdujo lineamientos más avanzados en cuanto a la citada Comisión Interamericana, al tomar en cuenta 10 años de fructífera actuación de dicho organismo.²⁹

44. En la actualidad la citada Comisión Interamericana está regulada por los artículos 34 a 51 de la Convención Americana y reglamentada por el nuevo Estatuto aprobado por la Asamblea General de la OEA en

²⁸ Cfr. Pasos Argüello, Luis, *La Corte de Justicia Centroamericana*, Managua, Nicaragua, 1986; Hitters, Juan Carlos, *Derecho internacional de los derechos humanos*, cit., *supra* nota 2, tomo I, pp. 199-200; Nikken, Pedro, *La protección internacional de los derechos humanos. Su desarrollo progresivo*, cit., *supra* nota 3, p. 69.

²⁹ Cfr. García Bauer, Carlos, "La observancia de los derechos humanos y la estructuración del sistema internacional de protección en el ámbito americano", *La Convención Americana sobre Derechos Humanos*, Washington, D.C., Secretaría General de la OEA, 1980, pp. 13-31; Trejos, Gerardo, "Órganos y procedimientos de protección de los derechos humanos en la Convención Americana", en el libro editado por Rubén Hernández, *La tutela de los derechos humanos*, San José, Costa Rica, Ediciones Juricentro, 1977, pp. 61-81; Gros Espiell, Héctor, "Los derechos humanos y el sistema interamericano", en la obra *Symbolae García Arias*, núms. 33-36 de la revista *Temis*, Universidad de Zaragoza, 1973, pp. 193-210.

su noveno periodo ordinario de sesiones celebrado en La Paz, Bolivia, en octubre de 1979, así como por su reglamento adoptado por la misma Comisión en su sesión celebrada el 8 de abril de 1980, modificado en varias ocasiones posteriores.³⁰

A) *Naturaleza*

45. No resulta sencillo determinar la naturaleza jurídica de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en cuanto realiza actividades bastante complejas de promoción, asesoría, conciliación y defensa de los derechos humanos. Se ha caracterizado a la Comisión Interamericana de modo similar a como se ha definido a la Comisión Europea, la que sirvió de modelo a aquélla, aunque sus atribuciones son menos amplias y su actividad principal es la recepción e investigación de reclamaciones individuales,³¹ y así podemos señalar que algunos autores estiman que la Comisión Interamericana es un organismo de carácter administrativo;³² en tanto que otros le atribuyen naturaleza judicial o parajudicial, pero aun en ese supuesto que se concentra en la investigación de reclamaciones individuales, el procedimiento ante la Comisión no debe considerarse una primera instancia contra la cual puede interponerse un recurso ante la Corte Interamericana que, por tanto, no debe concebirse como órgano superior de la propia Comisión.³³ Coincidimos con el destacado procesalista argentino Juan Carlos Hitters en cuanto afirma que debido a que la Comisión tiene atribuciones multifacéticas, no es fácil encasillarla en un solo criterio ordenador. En su oportunidad trataremos de desentrañar la actividad que desarrolla la Comisión cuando comparece ante la Corte Interamericana.

³⁰ Las fuentes legislativas pueden consultarse en el folleto editado por la Secretaría General de la OEA, *Manual de normas vigentes en materia de derechos humanos en el sistema interamericano*, Washington, D.C., 1993.

³¹ Cfr. Hitters, Juan Carlos, *Derecho internacional de los derechos humanos*, cit., *supra* nota 2, tomo I, pp. 209-301.

³² Cfr. Piza Escalante, Rodolfo, "La jurisdicción contenciosa del Tribunal Interamericano de Derechos Humanos", en la obra *La Corte Interamericana de Derechos Humanos. Estudios y documentos*, San José, Costa Rica, cit., *supra* nota 20, p. 169, nota 14.

³³ Cfr. Gros Espiell, Héctor, "El procedimiento contencioso ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos", en su libro *Estudios sobre derechos humanos. II*, cit., *supra* nota 7, pp. 158-159.

B) *Organización*

46. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos se integra con siete miembros, quienes deberán ser personas de alta autoridad moral y reconocida versación en materia de derechos humanos, que representen a todos los miembros que integran la Organización de Estados Americanos. Son elegidos a título personal por la Asamblea General de la Organización de una lista de candidatos (que pueden llegar a tres en cada caso) propuestos por los Gobiernos de los Estados miembros. Duran en su cargo cuatro años con la posibilidad de una sola reelección y no puede formar parte de la Comisión más de un nacional de un mismo Estado (artículos 37 de la Convención; 2 a 7 del Estatuto; y 1 a 2 del Reglamento).

47. La directiva de la Comisión está compuesta por un presidente, un primer vicepresidente y un segundo vicepresidente, designados por mayoría absoluta de sus miembros por un año y podrán ser reelegidos sólo una vez en cada periodo de cuatro (artículos 14 del Estatuto y 6 a 11 del Reglamento).

48. Además, la Comisión cuenta con una secretaría integrada por un secretario ejecutivo, por un secretario ejecutivo adjunto (recientemente se designó un segundo secretario ejecutivo adjunto, mediante la reforma correspondiente), así como el personal técnico y administrativo necesario para el cumplimiento de sus labores. Dicha secretaría se considera como parte de la Secretaría General de la Organización (artículos 40 de la Convención y 12 a 14 del Reglamento).

C) *Funciones*

49. De acuerdo con su reglamentación, la Comisión, con apoyo en su dinámica labor de casi 40 años, posee facultades muy extensas (que por otra parte son de muy difícil realización, si se toman en cuenta los limitados recursos y personal con los que cuenta), las que se consagran en términos genéricos en los artículos 1o. del Estatuto y del Reglamento, de acuerdo con los cuales: "La Comisión Interamericana de los Derechos Humanos es un órgano de la Organización de Estados Americanos, creado para promover la observancia y la defensa de los derechos humanos y servir como órgano consultivo de la Organización en esta materia".

50. Según las acertadas observaciones del conocido internacionalista mexicano César Sepúlveda y de acuerdo con su experiencia como miembro y como Presidente de la citada Comisión Interamericana, la misma realiza las siguientes funciones a) *conciliadora* entre los gobiernos y los grupos sociales que se consideran afectados en los derechos de sus miembros; b) *asesora*, aconsejando a los gobiernos que lo soliciten para adoptar medidas adecuadas para promover los derechos humanos; c) *crítica*, al informar sobre la situación de los derechos humanos en un Estado miembro de la OEA, después de atender los argumentos y las observaciones del gobierno interesado y cuando persistan las violaciones; d) *legitimadora* en los supuestos en que un gobierno, como resultado del informe de la Comisión sucesivo a una visita o a un examen, se aviene a reparar las fallas de su procesos internos y corrige las violaciones; e) *promotora*, al efectuar estudios sobre temas de derechos humanos destinados a promover su respeto, y f) *protectora*, cuando además de realizar las actividades anteriores, interviene en casos urgentes para pedir al gobierno contra el cual se ha presentado una queja que suspenda su acción e informe sobre los hechos.³⁴

51. El Estatuto de la Comisión establece tres categorías de atribuciones: i) las de carácter general; ii) las que corresponden a la Comisión de acuerdo con la Convención Americana; y iii) las que puede ejercer respecto de los Estados que no han suscrito dicha Convención, pero son miembros de la OEA, y en este supuesto se apoyan en la Declaración Americana de 1948.³⁵

52. i) En los términos de los artículos 41 de la Convención Americana y 18 de su Estatuto, la Comisión posee las siguientes atribuciones genéricas: a) estimular la conciencia de los derechos humanos en los pueblos de América; b) formular recomendaciones a los gobiernos de los Estados para que adopten medidas progresivas en favor de los derechos humanos, dentro del marco de sus legislaciones, de sus preceptos constitucionales y

³⁴ Cfr. Sepúlveda, César, "México. La Comisión Interamericana y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, cit., *supra* nota 25, pp. 201-202; *idem*, "Los derechos del hombre en su proyección internacional", en la obra editada por Domingo García Belaúnde, Francisco Fernández Segado y Rubén Hernández Valle, *Los sistemas constitucionales iberoamericanos*, Madrid, Editorial Dykinson, 1992, pp. 830-834.

³⁵ Cfr. Buergenthal, Thomas, "Implementation in the Inter-American Human Rights System", en la obra *International Enforcement of Human Rights*, cit., *supra* nota 15, pp. 61-69.

de sus compromisos internacionales, y también disposiciones apropiadas para fomentar el respeto a esos derechos; c) preparar los estudios o informes que considere convenientes para el desempeño de sus funciones; d) solicitar que los gobiernos de los Estados le proporcionen informes sobre las medidas que adopten en materia de derechos humanos; e) atender las consultas que, por medio de la Secretaría General de la Organización, le formule cualquier Estado miembro sobre cuestiones relacionadas con los derechos humanos de ese Estado y, dentro de sus posibilidades, prestar el asesoramiento que le soliciten, f) rendir un informe anual a la Asamblea General de la Organización, en el cual tenga debida cuenta del régimen jurídico aplicable a los Estados Partes en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y de los Estados que no son partes; g) practicar observaciones *in loco* en un Estado, con la anuencia o a invitación del gobierno respectivo, y h) presentar al Secretario General el programa-presupuesto de la Comisión para que éste lo someta a la Asamblea General.³⁶

53. ii) En relación con los Estados partes en la Convención Americana, la Comisión tiene, además de las genéricas señaladas en el párrafo anterior, con fundamento en el artículo 19 de su Reglamento, las siguientes atribuciones: a) diligenciar las peticiones y otras comunicaciones, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 44 a 51 de la Convención (que se refieren a las reclamaciones individuales); b) comparecer ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los casos previstos en la Convención; c) solicitar a la propia Corte que tome las medidas provisionales que considere pertinentes en asuntos graves y urgentes que aún no estén sometidos a su conocimiento, cuando se haga necesario evitar daños irreparables a las personas; d) consultar a la propia Corte acerca de la interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos o de otros tratados sobre la protección de los derechos humanos en los Estados Americanos; e) someter a la consideración de la Asamblea General proyectos de protocolos adicionales, a fin de incluir progresivamente en el régimen de protección de la misma otros derechos y libertades;³⁷ y f) someter a la Asamblea General, para lo que estime conveniente, por conducto de la Secretaría General, propuestas de enmienda a la Conven-

³⁶ Cfr. Volio, Fernando, "La Comisión Interamericana de Derechos Humanos", *La Convención Americana sobre Derechos Humanos*, Washington, D.C., Secretaría General de la OEA, 1980, pp. 80-81.

ción Americana sobre Derechos Humanos.

54. iii) Finalmente, el artículo 20 del Reglamento de la Comisión agrega a las potestades genéricas las que se refieren a los Estados que no son partes en la Convención: a) prestar particular atención a la tarea de la observancia de los derechos humanos mencionados en los artículos I, II, III, IV, XVIII, XXV y XXVI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre;³⁸ b) examinar las comunicaciones que le sean dirigidas y cualquier información disponible; c) dirigirse al gobierno de cualquiera de los Estados miembros no Partes en la Convención con el fin de obtener las informaciones que considere pertinentes y formularles recomendaciones cuando lo considere apropiado para hacer más efectiva la observancia de los derechos humanos fundamentales; y d) verificar, como medida previa al ejercicio de la atribución prevista en el inciso anterior, si los procesos y recursos internos de cada Estado miembro no parte en la Convención fueron debidamente aplicados y agotados.³⁹

55. De la simple descripción anterior puede observarse la amplitud de facultades que posee la Comisión Interamericana si las comparamos con las que se confirieron a la Comisión Europea en la Convención de

³⁷ Con apoyo en esta disposición la Comisión Interamericana elaboró el proyecto de Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que fue aprobado posteriormente por la Asamblea General de la Organización el 17 de noviembre de 1988, y que se conoce como "Protocolo de San Salvador". Este Protocolo todavía no ha entrado en vigor debido a que varios Estados aún no lo han ratificado.

³⁸ Los citados derechos son, de acuerdo con el texto de dicha Declaración: artículos I (derecho a la vida, a la libertad, a la seguridad e integridad de la persona); II (derecho de igualdad ante la ley); III (derecho a la libertad religiosa y de culto); IV (derecho a la libertad de investigación, opinión, expresión y difusión); XVIII (derecho de justicia); XXV (derecho de protección contra la detención arbitraria), y XXVI (derecho a proceso regular).

³⁹ Es conveniente señalar que son miembros de la OEA los siguientes Estados: Antigua y Barbuda, Argentina, Bahamas, Barbados, Belice, Bolivia, Brasil, Canadá, Colombia, Costa Rica, Cuba (suspendida en sus derechos), Chile, Dominica, Ecuador, El Salvador, Estados Unidos, Grenada, Guatemala, Guyana, Haití, Honduras, Jamaica, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, St. Kitts y Nevis, Santa Lucía, San Vicente y las Granadinas, Surinam, Trinidad y Tobago, Uruguay y Venezuela (35). De éstos han ratificado la Convención Americana los siguientes: Argentina, Barbados, Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, Chile, Dominica, Ecuador, El Salvador, Grenada, Guatemala, Haití, Honduras, Jamaica, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Surinam, Trinidad y Tobago, Uruguay y Venezuela (25).

Roma de 1950 y en sus protocolos adicionales.⁴⁰ Las atribuciones de carácter genérico que consideramos conveniente destacar son las relativas a los informes sobre países que padecen de violaciones generalizadas de derechos humanos y las visitas *in loco*, que en ocasiones se encuentran vinculadas, ya que algunas de dichas visitas han dado lugar o han sido resultado de los informes mencionados.⁴¹

56. Tanto dichos informes especiales como las visitas *in loco* han sido y siguen siendo instrumentos de gran eficacia no sólo para promover sino también para preservar los derechos humanos establecidos tanto en la Declaración como en la Convención Americanas, pero su mayor utilidad se produjo en los dramáticos momentos en los cuales predominaron dictaduras militares en varios de nuestros países, que lesionaron gravemente los derechos fundamentales de sus habitantes, situación que se ha superado en la actualidad, ya que dichos países han recuperado su normalidad constitucional o se encuentran en tránsito hacia regímenes democráticos de carácter civil.

57. Como rebasaría los límites de este estudio el examen de la práctica de las múltiples facultades y actividades de la Comisión Interamericana, nos concentraremos en la que se refiere a la recepción e investigación de reclamaciones individuales, que es la que se encuentra vinculada con los aspectos procesales del derecho procesal internacional americano de los derechos humanos.

58. Si bien el artículo 45 de la Convención Americana establece la posibilidad, que prevé también la Convención Europea, de que un Estado Parte pueda acudir a la Comisión Interamericana para reclamar de otro Estado Parte la violación de los derechos humanos establecidos por la Convención, esta hipótesis (que se ha presentado en varias ocasiones

⁴⁰ Cfr. Gros Espiell, Héctor, *La Convención Americana y la Convención Europea de Derechos Humanos. Análisis comparativo*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1991, pp. 141-160.

⁴¹ Cfr. García Bauer, Carlos, "La Conferencia Interamericana de Río de Janeiro y su importancia para la protección de los derechos humanos", y Vargas Carreño, Edmundo, "Las observaciones *in loco* practicadas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos", ambos estudios en el volumen *Derechos Humanos en las Américas. Human Rights in the Americas. Homenaje a la memoria de Carlos A. Dunshee de Abranches*, Washington, D.C., Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 1984, pp. 64-79 y 290-305, respectivamente.

en el ámbito europeo) es bastante remota y no existe un solo caso en el sistema interamericano.⁴²

59. Existe una diferencia esencial entre los sistemas europeo y el interamericano: en tanto que en el segundo se requiere reconocimiento expreso por parte de los Estados demandados de su sometimiento a la Comisión Europea por lo que respecta a las reclamaciones de un Estado contra otro y a las de carácter individual, en el régimen interamericano la competencia de la Comisión Interamericana es obligatoria para los Estados Partes por el hecho mismo de haber ratificado la Convención Americana, lo que se considera por la doctrina como un gran avance en la tutela de los derechos humanos.⁴³

60. En esta materia existen varios aspectos similares con las atribuciones y facultades de la Comisión Europea, pero también sectores de carácter peculiar. En efecto, por lo que respecta a la *legitimación*, la Convención Europea en su artículo 25 dispone que dicha Comisión podrá recibir solicitudes —dirigidas al Secretario General del Consejo de Europa— de cualquier persona, de cualquier organización no gubernamental o de cualquier grupo de individuos que *pretendan ser víctimas de una violación por una de las altas partes contratantes de los derechos reconocidos por la Convención*, lo que significa que debe demostrarse la existencia de una afectación directa por la conducta del Estado respectivo, aun cuando dicha disposición se ha interpretado en forma flexible por la propia Comisión.⁴⁴

61. En forma diversa, el artículo 34 de la Convención Americana establece en forma mucho más amplia que: "Cualquier persona o grupo de

⁴² Cfr. Gros Espiell, Héctor, *La Convención Americana y la Convención Europea de Derechos Humanos*, cit., *supra* nota 40, p. 147. De acuerdo con este tratadista se han presentado ante la Comisión Europea las reclamaciones de Grecia contra Reino Unido; Austria contra Italia; Dinamarca, Noruega, Suecia y los Países Bajos contra Grecia; Irlanda contra Reino Unido; Chipre contra Turquía, y Dinamarca, Francia, Países Bajos, Noruega y Suecia contra Turquía.

⁴³ Cfr. Robertson, A. H., "Pactos y Protocolo Opcional de las Naciones Unidas, Convención Americana y Convención Europea de Derechos Humanos", cit., *supra* nota, 12, p. 177. Este autor considera que la competencia obligatoria de la Comisión en las reclamaciones individuales debe considerarse como el avance más importante logrado por la Convención Americana.

⁴⁴ Cfr. Gros Espiell, Héctor, *La Convención Americana y la Convención Europea de Derechos Humanos*, cit., *supra* nota 40, pp. 145-146.

personas, o entidad no gubernamental legalmente reconocida en uno o más Estados miembros de la Organización, puede presentar a la Comisión peticiones que contengan denuncias o quejas de violación de esta Convención por un Estado parte". A su vez, el artículo 26 del Reglamento de la Comisión Interamericana, al reiterar este precepto, agrega que los peticionarios pueden acudir en su propio nombre o en el de terceras personas, y también respecto de las violaciones de los derechos establecidos en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, esto último en virtud de que la Comisión puede conocer de reclamaciones sobre violaciones de los derechos establecidos por la Declaración respecto de los Estados que no son partes en la Convención (véase *infra* párrafos 68, y 77 a 79).

62. A lo anterior debe agregarse que el inciso 21.2 del citado artículo 26 del Reglamento dispone que: "Asimismo, la Comisión podrá, *motu proprio*, tomar en consideración cualquier disposición disponible que le parezca idónea y en la cual se encuentren los elementos necesarios para iniciar la tramitación de un caso que contenga, a su juicio, los requisitos para tal fin", lo que significa que puede actuar de oficio. De acuerdo con la doctrina, el precepto anterior implica que no se requiere que el quejoso o denunciante demuestre la afectación directa por la violación que se impugna, sino que puede acudir ante la Comisión a nombre de terceros interesados, por lo que algunos autores afirman que esa legitimación tan amplia y la posibilidad de que la Comisión pueda actuar de oficio equivale a una *acción popular*.⁴⁵

63. Por lo que respecta a la admisibilidad de las quejas de carácter individual, si bien existe similitud formal con la Convención Europea, en el sistema interamericano se ha establecido en la práctica un régimen mucho más abierto. En efecto, tanto en la Convención de Roma de 1950 (artículo 26), como en la Americana (artículo 46), se establecen como requisitos esenciales de admisibilidad, por una parte, el agotamiento de los recursos internos y, por la otra, que la petición sea presentada en el lapso de seis meses a partir de que el presunto lesionado en sus derechos haya sido notificado de la decisión definitiva.

⁴⁵ Cfr. Trejos, Gerardo, "Órganos y procedimientos de protección de los derechos humanos en la Convención Americana", en la obra editada por Rubén Hernández, *La tutela de los derechos humanos*, cit., *supra* nota 29, pp. 108-109.

64. En primer término, por lo que toca a la práctica de ambos sistemas, en tanto que la Comisión Europea debe pronunciarse formalmente sobre la admisibilidad de la reclamación antes de iniciar el trámite, la Comisión Interamericana puede, *prima facie* y sin pronunciamiento, considerar admisible la petición y comenzar la tramitación del asunto y, con posterioridad, inclusive en el momento de dictar su primera recomendación (véase *infra* párrafo 74), determinar dicha admisibilidad.⁴⁶

65. Así lo determinó la Corte Interamericana en los primeros tres casos contenciosos que le fueron sometidos para su decisión. En la parte relativa, el tribunal afirmó que "...Al solicitar informaciones a un gobierno y dar trámite a la petición, se acepta en principio la admisibilidad de la misma, siempre y cuando la Comisión al tener conocimiento de lo actuado por la Secretaría y continuar el trámite (artículos 34.3, 35 y 36 del Reglamento de la Comisión, no declare expresamente la inadmisibilidad (artículo 48.1.c) de la Convención)".⁴⁷

66. Otro aspecto importante en el cual la práctica de la Comisión y la jurisprudencia de la Corte Interamericanas han establecido modalidades peculiares en relación con el modelo europeo, es el relativo al *agotamiento de los recursos internos*.⁴⁸ No nos detendremos en las reglas de excepción de este instrumento que son muy complejas;⁴⁹ pero podemos destacar que de acuerdo con dicha práctica y jurisprudencia, la decisión que tome la Comisión sobre esta materia puede ser revisada por la Corte cuando conozca del asunto contencioso respectivo; y que esta regla debe ser

⁴⁶ Cfr. Gros Espiell, Héctor, *La Convención Americana y la Convención Europea de Derechos Humanos*, cit., *supra* nota 40, pp. 152-155.

⁴⁷ Casos Velásquez Rodríguez, Godínez Cruz y Fairén Garbi y Solís Corrales. Excepciones preliminares, resueltos conjuntamente el 26 de junio de 1987, párrafos 39, 42 y 44, respectivamente.

⁴⁸ La obra clásica en esta materia, desde el punto de vista general, es la redactada por el destacado jurista brasileño y juez de la Corte Interamericana Cançado Trindade, Antônio, *O esgotamento dos recursos internos no direito internacional*, Brasília, Editora Universidade de Brasília, 1984, *idem*, "The Application of the Rule of Exhaustion of Local Remedies", *International Law*, Cambridge University Press, 1983.

⁴⁹ El artículo 47.2 de la Convención Americana dispone que no se aplicará la regla del agotamiento de los recursos internos cuando: "a) no exista en la legislación interna del Estado de que se trate 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 jurisdicción interna o ha sido impedido de agotarlos, y c) haya retardo injustificado en la decisión sobre los mencionados recursos".

invocada expresamente como excepción por el gobierno demandado (el que puede renunciar expresa o tácitamente a la misma) en la etapa inicial del procedimiento ante la Comisión y por ello ya no la puede plantear ante la Corte (artículos 46 y 47 de la Convención y 31 a 37 del Reglamento de la Comisión).

67. Una cuestión significativa en esta materia del agotamiento de los recursos internos radica en la jurisprudencia de la Corte Interamericana, la cual ha establecido, por una parte, que cuando el Estado demandado invoque ante la Comisión que no se han agotado los recursos internos, debe probar su aseveración y señalar las instancias a las cuales debió acudir la presunta víctima, y en segundo término que, además, dichos recursos deben ser “adecuados” y “efectivos”, es decir, capaces de producir el resultado para el que han sido concebidos.⁵⁰ Por otra parte, en la opinión consultiva número 11, resuelta por la Corte Interamericana de Derechos Humanos el 10 de agosto de 1990, dicho tribunal estimó: “Que si por razones de indigencia o por el temor generalizado de los abogados para representarlo legalmente, un reclamante ante la Comisión se ha visto impedido de utilizar los recursos internos necesarios para proteger un derecho garantizado por la Convención, no puede exigírsele su agotamiento”.⁵¹

68. Por lo que respecta al procedimiento contradictorio que se sigue ante la Comisión Interamericana para tramitar las peticiones presentadas por particulares u organismos no gubernamentales, debe distinguirse entre el que se tramita respecto de Estados que han suscrito la Convención Interamericana (capítulo II, artículos 31 a 50 del Reglamento de la Comisión) y el que se sigue cuando se trata de Estados que no son partes en dicha Convención sino exclusivamente miembros de la Organización (capítulo III, artículos 51 a 54 del mismo Reglamento).

⁵⁰ Pueden consultarse las sentencias en cuanto al fondo pronunciadas por la Corte Interamericana en los casos ya mencionados de Velásquez Rodríguez, Rodríguez Cruz y Fairén Garbí y Solís Corrales, los días 29 de julio de 1988, 20 de enero y 15 de marzo de 1989, párrafos 63-81, 65-88 y 82-111, respectivamente. Cfr. Cançado Trindade, Antônio, “O esgotamento dos recursos internos e a evolução de ‘vitima’ no direito internacional dos direitos humanos”, *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, San José, Costa Rica, núm. 3, enero-junio de 1986, pp. 5-78.

⁵¹ Cfr. Hitters, Juan Carlos, *Derecho internacional de los derechos humanos*, cit., *supra* nota 2, tomo II, pp. 352-354.

69. a) En el procedimiento respecto de los Estados Partes, la Comisión Interamericana posee en teoría facultades de instrucción y de investigación bastante extensas (artículos 46 y 47 de la Convención y 31 a 37 de su Reglamento), es decir, que si no declara inadmisibles de manera preliminar la petición individual, puede solicitar informes al Estado demandado, pedir documentos y practicar todas las diligencias que considere convenientes, inclusive una investigación *in loco*, para lo cual solicitará que los Estados respectivos proporcionen todas las facilidades necesarias. También, de acuerdo con el modelo europeo, la citada Comisión, a solicitud de cualquiera de las partes o por iniciativa propia, se pondrá a disposición de las mismas en cualquier etapa del examen de una petición, a fin de llegar a una *solución amistosa*, fundada en el respeto de los derechos humanos establecidos en la Convención Interamericana (artículos 48, fracción I, inciso f) de la Convención y 46 del Reglamento).⁵²

70. Sin embargo, las facultades de instrucción y de investigación de la Comisión Interamericana son menos eficaces en la práctica que las del órgano similar europeo, ya que, por una parte, no dispone de los instrumentos técnicos para realizar esas delicadas actividades y, por la otra, no cuenta en todos los casos con la cooperación de los Estados demandados, conducta que si bien se ha modificado lentamente, en particular a partir del restablecimiento de los gobiernos democráticos, o en transición de serlo, en muchos países que fueron dominados por dictaduras militares todavía no se ha transformado en una franca colaboración, como ocurre en el régimen europeo. Esta situación negativa, que era evidente hace algunos años, determinó la elaboración del artículo 42 del Reglamento de dicha Comisión, cuya aplicación es ya menos frecuente:

*Se presumirán verdaderos los hechos relatados en la petición y cuyas partes pertinentes hayan sido transmitidas al Gobierno del Estado aludido, si en el plazo máximo fijado por la Comisión en el artículo 45, párrafo 5 (que exige proporcionar la información solicitada por la Comisión dentro de los 90 días contados a partir de la fecha del envío en la propia solicitud), dicho gobierno no suministra la información correspondiente, siempre y cuando de otros elementos de convicción no resultare una conclusión diversa.*⁵³

⁵² Cfr. Hitters, Juan Carlos, obra citada en la nota anterior, pp. 376-382. Este autor califica esta fase como "etapa instructoria".

71. Una facultad significativa de la Comisión Interamericana durante la etapa de instrucción es la que le confiere la posibilidad de pedir *medidas precautorias* a los gobiernos involucrados. De acuerdo con el artículo 29.2 de su Reglamento, puede solicitar en casos urgentes, cuando se haga necesario para evitar daños irreparables a las personas, que sean tomadas medidas cautelares para evitar que se consume el daño irreparable en caso de ser verdaderos los hechos denunciados. El inciso 3 del mismo precepto dispone que si la Comisión no está reunida, el Presidente, o a falta de éste, uno de los Vicepresidentes, consultará por medio de la Secretaría con los demás miembros sobre esta materia. Si no fuera posible hacer la consulta en tiempo útil, el Presidente tomará la decisión en nombre de la Comisión y la comunicará inmediatamente a sus miembros. El conocido tratadista argentino Juan Carlos Hitters estima que la Comisión no puede decretar dichas medidas provisionales, sino exclusivamente pedir las, ya que la decisión imperativa sobre las mismas corresponde a la Corte Interamericana.⁵⁴ Este criterio ha prevalecido en la práctica, ya que en varias ocasiones los gobiernos a los que se ha dirigido la citada Comisión para solicitar medidas precautorias no se han considerado obligados a acatarlas, y la Comisión ha acudido a la Corte Interamericana para que ésta las decrete en casos que se encuentran en trámite ante la primera, de acuerdo con lo establecido por los artículos 63.2 de la Convención y 23 del Reglamento de la Corte (véase *infra* párrafo 140).

72. De acuerdo con lo dispuesto por el artículo 46 del Reglamento, de no llegarse a una solución amistosa, la Comisión examinará las pruebas que suministren el gobierno involucrado y el peticionario, las que recoja de los testigos de los hechos o que obtenga por medio de documentos, registros, publicaciones oficiales o mediante una investigación *in loco*. Una vez examinadas las pruebas, la misma Comisión Interamericana debe preparar un informe en el que expondrá los hechos y las conclusiones respecto al caso sometido a su consideración. El artículo 47 reglamentario señala que al transmitir el informe, la Comisión podrá formular las proposiciones y recomendaciones que juzgue pertinentes.

⁵³ Cfr. Gros Espiell, Héctor, *La Convención Americana y la Convención Europea de Derechos Humanos*, cit., *supra* nota 40, pp. 154-157.

⁵⁴ Cfr. *Derecho internacional de los derechos humanos*, cit., *supra* nota 2, tomo II, pp 380-382.

73. Como en el sistema interamericano no existe un órgano equivalente al Comité de Ministros del Consejo de Europa, al cual pueda turnarse el citado informe con las recomendaciones pertinentes, ya que es el organismo encargado de la aplicación y vigilancia de la Convención Europea y de sus Protocolos,⁵⁵ los artículos 50 y 51 de la Convención Americana, así como los artículos 47 a 30 del Reglamento de la Comisión Interamericana adolecen de imprecisión, lo que ha motivado una situación de incertidumbre en cuanto a la tramitación final de las peticiones individuales sometidas al conocimiento de la propia Comisión.

74. En efecto, dichos preceptos establecen la posibilidad de dos informes. Uno es el mencionado por el artículo 50 de la Convención, en el cual se establecen las primeras conclusiones y recomendaciones que se transmiten al Estado interesado, el que no está facultado para publicarlo. En el artículo 51 de la misma Convención se fija un plazo de tres meses contados a partir de la transmisión al Estado interesado del primer informe mencionado, a fin de que la Comisión decida si somete el caso a la Corte Interamericana, o bien si continúa la tramitación del mismo y formula un segundo informe con las conclusiones y recomendaciones definitivas, en el cual se señale un plazo para que el Estado respectivo tome las medidas que le competan para remediar la situación examinada. Transcurrido el citado periodo, la Comisión decidirá si el Estado ha tomado las medidas adecuadas y si publica o no el informe.⁵⁶

75. La Corte Interamericana de Derechos Humanos, al decidir el 13 de julio de 1993 la opinión consultiva número 13 que le fue solicitada conjuntamente por los gobiernos de Argentina y Uruguay sobre ciertas atribuciones de la Comisión Interamericana, estableció la interpretación,

⁵⁵ Cfr. Cohen-Jonathan, Gérard, *La Convention Européenne des Droits de l'Homme*, cit., *supra* nota 14; Buergenthal, Thomas, Grossman, Claudio y Nikken, Pedro, *Manual internacional de los derechos humanos*, cit., *supra* nota 12, pp. 64-66; Hitters, Juan Carlos, *Derecho internacional de los derechos humanos*, cit., *supra* nota 2, tomo I, pp. 310-312; Carrillo Salcedo, Juan Antonio, "The European System of Protection of Human Rights", cit., nota 14, tomo I, pp. 365-370.

⁵⁶ Cfr. Hitters, Juan Carlos, obra citada en la nota anterior, tomo II, pp. 387-392; Gros Espiell, Héctor, *La Convención Americana y la Convención Europea de Derechos Humanos*, cit., *supra* nota 40, pp. 157-160; Ventura Robles, Manuel E., "Los artículos 50 y 51 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos", en *La Corte y el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, editada por Rafael Nieto Navia, San José, Costa Rica, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1994, pp. 553-569.

entre otros preceptos, de los citados artículos 50 y 51 de la Convención, respecto de los cuales señaló, en esencia, que dichas disposiciones se refieren a dos documentos que de acuerdo con la conducta asumida en el ínterin por el Estado al cual se dirigen, pueden o no coincidir en sus conclusiones y recomendaciones, a los cuales la Convención ha dado el nombre de “informes” y que tienen el carácter de preliminar, uno, y el otro de definitivo.

76. En la citada opinión consultiva, la Corte Interamericana señaló que puede existir una tercera etapa con posterioridad al informe definitivo. En efecto, vencido el plazo que la Comisión hubiese otorgado al Estado para cumplir las recomendaciones contenidas en el citado segundo informe, sin que se acaten, la Comisión Interamericana decidirá si lo publica o no, decisión ésta que debe apoyarse en la alternativa más favorable para la tutela de los derechos humanos. Concluye la Corte en el sentido de que el documento preliminar y reservado del artículo 50 no puede ser publicado. El único que puede ser objeto de publicación es el informe definitivo previsto por el artículo 51 de la Convención y esto por decisión que tome la Comisión con posterioridad al plazo señalado al Estado para cumplir con las recomendaciones contenidas en el documento definitivo.

77. Haremos ahora una breve referencia al procedimiento que debe seguir la Comisión Interamericana en las peticiones que se le presenten contra la conducta de Estados que no son parte en la Convención Americana sino exclusivamente miembros de la OEA. El procedimiento es similar al de las reclamaciones contra Estados partes (artículo 52 del Reglamento de la Comisión), que hemos descrito brevemente, pero con los siguientes matices: sólo existe un informe que, además de los hechos y las conclusiones, contendrá las recomendaciones que la Comisión considere convenientes y un plazo para su cumplimiento (por lo que es equivalente al informe definitivo del artículo 51 de la Convención). Si dicho Estado no adoptare dentro del plazo señalado las medidas recomendadas por la Comisión, ésta podrá publicar dicha resolución en el Informe Anual que debe presentar a la Asamblea General o por cualquier otra forma que la Comisión considere apropiada (artículo 53 del Reglamento). Además se establece la posibilidad de una solicitud de reconsideración del citado informe que puede presentar el Estado afectado dentro de un plazo de 90 días después de comunicado el informe, siempre que dicho Estado

invoque nuevos hechos o consideraciones de derecho que no hubieran sido anteriormente aducidas. Si la Comisión estima procedente dicha impugnación, decide si mantiene o modifica su decisión y fija un nuevo plazo de cumplimiento, pero si no se acata la Comisión está en posibilidad de publicar el informe respectivo (artículo 54 del Reglamentario).

78. Las recomendaciones que formula la Comisión en el informe mencionado deben apoyarse en las violaciones de los derechos establecidos en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948, como se ha señalado con anterioridad (véase *supra* párrafo 61). Al respecto debe mencionarse que la Corte Interamericana, en su Opinión Consultiva número 10 resuelta el 14 de julio de 1989,⁵⁷ estimó que: “La circunstancia de que la Declaración no sea un tratado no lleva, entonces, a la conclusión de que carezca de efectos jurídicos, ni a la de que la Corte esté imposibilitada para interpretarla en el marco de lo precedentemente expuesto” (párrafo 47). Y además el tribunal señaló:

Para los Estados Miembros de la Organización, la Declaración es el texto que determina cuáles son los derechos humanos a que se refiere la Carta (de la OEA). De otra parte, los artículos 1.2 b) y 20 del Estatuto de la Comisión definen, igualmente, la competencia de la misma respecto de los derechos humanos enunciados en la Declaración. Es decir, para estos Estados la Declaración Americana constituye en lo pertinente y en relación con la Carta de la Organización, una fuente de obligaciones internacionales (párrafo 45).

79. La Comisión Interamericana ha formulado varias recomendaciones a Estados miembros que no han ratificado la Convención y como ejemplos significativos podemos mencionar la que pronunció con el número 3 de 1987, en el caso 9647, y en la cual estimó dicha Comisión que el gobierno de los Estados Unidos había violado los artículos I (derecho a la vida) y II (derecho de igualdad ante la ley) de la Declaración Americana, al ejecutar

⁵⁷ Esta opinión consultiva lleva el título de “Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el marco del artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”.

a James Terry Roach y a Jay Pinkerton por los delitos por los que fueron juzgados y que cometieran antes de cumplir los 18 años de edad.⁵⁸

IV. LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

80. La Corte Interamericana de Derechos Humanos fue creada en el capítulo VIII (artículos 52 a 59) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos suscrita, como se ha dicho, en la ciudad de San José, Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969, la que entró en vigor el 18 de julio de 1978, al ser ratificada por 11 Estados miembros de la Organización de los Estados Americanos en los términos del artículo 74.2 de la propia Convención. El Estatuto de la Corte Interamericana fue adoptado por la Asamblea General de la OEA en su noveno periodo de sesiones celebrado en La Paz, Bolivia, en octubre de 1979, con vigencia a partir del 1 de enero de 1980. La propia Corte se instaló en la ciudad de San José el 3 de septiembre de 1979,⁵⁹ y se establecieron las condiciones de la sede en el convenio celebrado con el Gobierno de Costa Rica el 10 de septiembre de 1981. La Corte aprobó su primer reglamento en su tercer periodo de sesiones, celebrado del 30 de julio al 9 de agosto de 1980. El segundo reglamento fue adoptado en la vigésima sesión que tuvo lugar del 9 al 18 de enero de 1991 y entró en vigor el 1 de agosto del mismo año y ha sido reformado en varias ocasiones posteriores para adecuarlo a la solución de los problemas presentados con el aumento constante de los casos contenciosos que se han sometido al tribunal. Por tanto, a los casos en trámite presentados con anterioridad al citado mes de agosto, se aplicó todavía el reglamento anterior. Este nuevo reglamento simplifica y abrevia el procedimiento, como se señalará más adelante.

⁵⁸ Este informe fue publicado en el *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 1986-1987*, Washington, D.C., Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos, 1987, pp. 158-198.

⁵⁹ Los primeros jueces de la Corte Interamericana fueron electos en mayo de 1979: Thomas Buergenthal (Estados Unidos), Máximo Cisneros Sánchez (Perú), Huntley Eugene Munroe (Jamaica), César Ordóñez (Colombia), Rodolfo Piza Escalante (Costa Rica), Carlos Roberto Reina (Honduras), y Rafael Urquía (El Salvador). El último renunció poco tiempo después y fue sustituido por Pedro Nikken (Venezuela).

A) *Naturaleza*

81. Según lo establecido por el artículo 1o. de su Estatuto: “La Corte Interamericana de Derechos Humanos es *una institución judicial autónoma* cuyo objetivo es la aplicación y la interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. La Corte ejerce sus funciones de conformidad con las disposiciones de la citada Convención y del presente Estatuto”. Coincidimos con la certera opinión del distinguido tratadista y ex Presidente de la Corte Interamericana, Héctor Gros Espiell, en el sentido de que el vocablo institución no es el más adecuado para precisar la naturaleza jurídica de la Corte Interamericana y que debe emplearse el de organismo.⁶⁰

82. Por otra parte, y como se hará referencia en su oportunidad, la Corte Interamericana no sólo posee facultades contenciosas, es decir, estrictamente jurisdiccionales, sino también de carácter consultivo, que son bastante amplias, por lo que estamos también de acuerdo con el mismo autor cuando estima que la Corte Interamericana debe considerarse como un “*organismo judicial autónomo*”, es decir, dotado de la necesaria independencia para realizar de manera objetiva e imparcial sus atribuciones.⁶¹ Además de su autonomía funcional, la Corte posee la atribución, establecida por el artículo 26 del propio Estatuto, de elaborar su propio proyecto de presupuesto, que debe someter a la aprobación de la Asamblea General de la OEA por conducto de la Secretaría General, pero esta última no podrá introducir modificaciones. Finalmente, para garantizar la independencia personal de los jueces de la Corte, el artículo 15 del citado Estatuto determina que los mismos gozan, desde el momento su

⁶⁰ En su clásico estudio “El procedimiento contencioso ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en la obra *La Corte Interamericana de Derechos Humanos. Estudios y documentos*, cit., *supra*, nota 20, pp. 68-69; estudio reproducido en el libro del mismo autor, *Estudios sobre derechos humanos. II*, cit., *supra* nota 7, pp. 148-149.

⁶¹ Sin embargo, el conocido tratadista guatemalteco García Bauer, Carlos, en su obra *Los derechos humanos en América*, Guatemala, 1987, sostuvo que la Corte Interamericana carece de autonomía, ya que su Estatuto fue aprobado por la Asamblea General de la OEA. Por nuestra parte consideramos que dicha autonomía no depende exclusivamente de las facultades legislativas, que también tiene el tribunal, pues dentro del marco de la Convención y del Estatuto puede expedir su reglamento, sino que significa que la Corte Interamericana no está subordinada jerárquicamente a ninguna autoridad de la OEA para pronunciar sus resoluciones.

elección y mientras dure su mandato, de las inmunidades reconocidas por el derecho internacional a los agentes diplomáticos, así como de los privilegios diplomáticos necesarios para el desempeño de sus cargos. Además, no podrá exigírseles en ningún tiempo responsabilidad por votos y opiniones emitidos o actos realizados en el ejercicio de sus funciones.

B) Organización

83. La Corte Interamericana se compone de siete jueces, nacionales de los Estados miembros de la OEA, elegidos a título personal entre juristas de la más alta autoridad moral, de reconocida competencia en materia de derechos humanos y que reúnan las condiciones requeridas para el ejercicio de las más altas funciones judiciales, conforme a la ley del Estado del que sean nacionales o de aquel que los postule como candidatos. No puede haber más de un miembro de la misma nacionalidad (artículos 52 de la Convención y 4 del Estatuto).

84. Los jueces son designados en votación secreta por mayoría absoluta de votos de los Estados Partes en la Convención en la Asamblea General de la OEA, de una lista propuesta por estos mismos Estados, los que pueden presentar hasta tres candidatos que sean nacionales del Estado que los propone o de cualquier otro miembro de la Organización. El cargo dura seis años y los jueces sólo pueden ser reelegidos una vez (artículos 53 y 54 de la Convención y 5 a 9 del Estatuto).

85. No obstante que esta materia ha sido objeto de discusiones doctrinales, la Convención Americana siguió el ejemplo de la Corte Internacional de Justicia y estableció el sistema de los jueces *ad hoc*, de acuerdo con el cual el juez que sea nacional de alguno de los Estados Partes en el caso sometido a la Corte, conserva su derecho de conocer del mismo. En caso de excusa, ese Estado u otro Estado parte que no cuente con un juez nacional en el asunto, puede designar una persona de su elección que integre la Corte. Una vez que el Estado respectivo ha designado al juez *ad hoc* y éste ha tomado posesión, forma parte de la Corte y no puede ser removido sino por alguna de las causas de responsabilidad aplicables a los restantes jueces del tribunal. Por este motivo, la Corte Interamericana, en su resolución del 11 de septiembre de 1995, rechazó la pretensión del Gobierno de Guatemala para sustituir al juez que había designado en un asunto en el que era parte demandada, al considerar, en esencia, que

la naturaleza del juez *ad hoc* es semejante a la de los demás jueces de la Corte Interamericana en el sentido de no representar a un determinado gobierno, de no ser su agente y de integrar a la Corte a *título personal*, como dispone el artículo 52 de la Convención, en concordancia con el numeral 4 del artículo 55.⁶²

86. En el supuesto de que entre los jueces que conozcan de una controversia ninguno fuera de la nacionalidad de los Estados, cada uno de éstos podrá designar un juez *ad hoc*, pero si varios tuvieran un mismo interés en el caso, se considerarán como uno solo para el efecto de la designación. Estos jueces especiales deben reunir las calidades señaladas para los titulares (artículos 55 de la Convención, 10 del Estatuto, 17 del Reglamento anterior y 18 del actual).⁶³ La práctica ha consistido en que, si bien no en todos sí en varios casos, cuando más de uno se entabla contra el mismo Estado, éste designa un juez *ad hoc* para cada asunto, facultad que le corresponde, pero que complica el funcionamiento de la Corte.

87. También se pueden designar *jueces interinos* por los Estados Partes de la Convención en una sesión del Consejo Permanente de la OEA, a solicitud del Presidente de la Corte, cuando sea necesario preservar el quórum (artículos 6, inciso 3 y 19, inciso 4, del Estatuto y 15, incisos 3 y 4 de ambos Reglamentos).⁶⁴

88. Los jueces de la Corte Interamericana eligen entre ellos al presidente y al vicepresidente por el plazo de dos años, con posible reelección. El segundo sustituye al primero en sus ausencias temporales y ocupa su lugar en caso de vacancia. En el último caso, la Corte designará un vicepresidente que reemplace al anterior por el resto de su mandato, y

⁶² En su voto disidente, el juez Alejandro Montiel Argüello (Nicaragua) consideró que el Gobierno de Guatemala tenía derecho a sustituir al juez *ad hoc* que había designado, en virtud de que, según los orígenes de la institución en la Corte Permanente de Justicia Internacional, nadie más que el gobierno que nombra un juez *ad hoc* está en capacidad de resolver si esa persona puede suministrar “*conocimiento local y un punto de vista nacional*” y además, que el artículo 10.5 del Estatuto de la Corte que señala las disposiciones que son aplicables a dichos jueces *ad hoc* no se encuentra el artículo 21 que se refiere a las renunciaciones e incapacidades de los jueces. Tanto la resolución mencionada como el voto de disidencia se encuentran publicados en el *Informe Anual de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1995*, Washington, D.C., Secretaría General de los Estados Americanos, 1996, pp. 123-126.

⁶³ Cfr. Dunshee de Abranches, C. A., “La Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en la obra *La Convención Americana sobre Derechos Humanos*, cit., *supra* nota 36, p. 108.

⁶⁴ Cfr. Dunshee de Abranches, C. A., *op. ult. cit.*, p. 111.

el mismo procedimiento se sigue cuando el propio vicepresidente deje de formar parte de la Corte o renuncie antes de la expiración normal de sus funciones. El presidente dirige el trabajo de la Corte, la representa, ordena el trámite de los asuntos que se sometan al tribunal y dirige sus sesiones (artículos 12 del Estatuto y 3 a 5 de ambos Reglamentos). Además, se estatuye una comisión permanente integrada por el presidente, el vicepresidente y un juez o varios nombrados por el primero, según las necesidades del tribunal. Dicha comisión ayuda y asesora al presidente en el ejercicio de sus funciones, sin perjuicio de que la Corte pueda designar otras comisiones para tratar temas especiales, las que en caso de urgencia podrán ser nombradas por el presidente (artículos 6.1 del Reglamento anterior y 6 del actual, este último reformado recientemente).

89. También existe una secretaría, cuyo titular es designado por la Corte por un periodo de cinco años y podrá ser reelegido. El secretario deberá poseer los conocimientos jurídicos y la experiencia requeridos para ejercer las funciones del cargo y tener conocimiento de los idiomas de trabajo del tribunal. Además, el Secretario General de la Organización nombra un secretario adjunto, en consulta con el titular, que auxilia a este último en sus funciones y lo suple en sus ausencias temporales (artículos 14 del Estatuto y 7 a 10 de ambos Reglamentos).

90. La Corte debe celebrar como mínimo dos periodos ordinarios de sesiones al año, uno al comienzo de cada semestre, en las fechas en que el tribunal decide en su sesión ordinaria inmediatamente anterior, pero en casos muy importantes, el presidente podrá cambiar esas fechas. Las sesiones extraordinarias serán convocadas por el presidente o a petición de la mayoría de los jueces. En casos de extrema gravedad y urgencia, cuando se haga necesario evitar daños irreparables a las personas, las sesiones extraordinarias pueden convocarse a solicitud de cualquiera de los jueces. Las audiencias serán públicas, a menos que la Corte, en casos excepcionales, decida lo contrario, pero las deliberaciones serán privadas y permanecerán en secreto, salvo que la propia Corte considere otra cosa.

C) Funciones

91. De acuerdo con lo dispuesto por los artículos 1 y 2 de su Estatuto, la Corte Interamericana posee dos atribuciones esenciales: la primera, de carácter *consultivo*, sobre la interpretación de las disposiciones de la Convención Americana, así como la de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados; la segunda puede calificarse de *contenciosa*, pues tiene naturaleza claramente *jurisdiccional*⁶⁵ para resolver las controversias que se le sometan respecto a la interpretación y aplicación de la propia Convención Americana.

92. a) La *competencia consultiva* de la Corte Interamericana, si bien puede calificarse de *judicial* en sentido amplio, no posee carácter jurisdiccional, como lo pretende un sector de la doctrina,⁶⁶ en virtud de que no implica la resolución de la controversia por un órgano público imparcial, sino exclusivamente la emisión de un dictamen u opinión sobre los preceptos cuya interpretación se solicita. Es en este sector en el cual la Convención Americana otorgó una gran amplitud a las atribuciones de la Corte, al tomar en cuenta la situación peculiar del continente americano, especialmente Latinoamérica, en la cual existe, por una experiencia histórica dolorosa, aun cuando se atenúa progresivamente, una desconfianza tradicional hacia el sometimiento de controversias a organismos internacionales.

93. En efecto, además de una gran flexibilidad en cuanto a la legitimación activa (que examinaremos más adelante, véase *infra* párrafo 97), la facultad consultiva de la Corte se extiende no sólo a la interpretación de la Convención Americana, sino también a la de otros tratados en los cuales se tutelen derechos humanos y tengan aplicación en el continente americano, lo que excede notoriamente la competencia consultiva de otros órganos judiciales internacionales, como la Corte Internacional de

⁶⁵Sobre el concepto de jurisdicción, entre otros, cfr. Alcalá-Zamora y Castillo, Niceto, "Notas relativas al concepto de jurisdicción", en su libro *Estudios de teoría general e historia del proceso (1945-1972)*, México, UNAM, 1974 (reimpreso en 1992), tomo I, pp. 29-60; Montero Aroca, Juan, "Del derecho procesal al derecho jurisdiccional", *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, Montevideo, 1984, pp. 19-47; *idem*, *Introducción al derecho procesal. Jurisdicción, acción y proceso*, Madrid, Tecnos, 1976, especialmente, pp. 15-112; Rigano, Francesco, *Costituzione e potere giudiziario*, Padua, Cedam, 1982.

⁶⁶Cfr. Gros Espiell, Héctor, "El procedimiento contencioso ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos", cit., *supra* nota 60, p. 70; Espinal Irías, Rigoberto, "Competencia y funciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", en *La Corte y el Sistema Interamericanos de Derechos Humanos*, cit., *supra* nota 56, pp. 124-125.

Justicia, la Corte Europea de Derechos Humanos y aun de la Corte de la Unión Europea, cuyas atribuciones en esta materia son mucho más restringidas.⁶⁷

94. El concepto de “otros tratados” ha sido objeto de una interpretación extensiva por la misma Corte Interamericana de Derechos Humanos en la opinión consultiva número uno, solicitada por el gobierno del Perú y resuelta el 24 de septiembre de 1982, en el sentido de que la competencia consultiva de la Corte puede ejercerse en general sobre toda disposición concerniente a la protección de los derechos humanos de cualquier tratado internacional aplicable en los Estados americanos, con independencia de que sea bilateral o multilateral y aun cuando en el mismo sean Estados Partes no sólo dichos Estados, sino otros ajenos al sistema interamericano.⁶⁸

95. Por otra parte, además de la interpretación de los tratados de derechos humanos a que se ha hecho mención (artículo 64.1 de la Convención Americana), los Estados miembros de la OEA pueden solicitar la opinión de la Corte acerca de la compatibilidad entre cualesquiera de sus leyes internas y los referidos instrumentos internacionales.⁶⁹

96. b) La *función jurisdiccional* es más limitada, en cuanto, según el modelo europeo,⁷⁰ tiene carácter *potestativo* para los Estados Partes de la Convención, es decir, cuando los propios Estados reconozcan de manera

⁶⁷ Cfr. Buergenthal, Thomas, “The Advisory Practice of the Interamerican Human Rights Court”, en la obra *La Corte Interamericana de Derechos Humanos*, cit., *supra* nota 20, pp. 24-36; Lockwood, B. B., “Advisory Opinions of the Inter-American Court of Human Rights”, *Denver Journal of International Law and Policy*, otoño de 1984-invierno de 1985, pp. 245-267; Nieto Navia, Rafael, *Introducción al Sistema Interamericano de Protección a los Derechos Humanos*, Bogotá, Editorial Temis-Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1993, pp. 89-99; Ventura Robles, Manuel E., “Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opiniones y resoluciones, 1983, 1984, 1985”, *Revista Judicial*, San José, Corte Suprema de Justicia, junio de 1988, pp. 118-126.

⁶⁸ Cfr. Cisneros Sánchez, Máximo, “Algunos aspectos de la jurisdicción consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *La Corte Interamericana de Derechos Humanos*, cit., *supra* nota 32, pp. 59-69.

⁶⁹ Cfr. Cisneros Sánchez, Máximo, *op. ult. cit.*, pp. 65-66; Buergenthal, Thomas, Norris, Robert y Shelton, Dinah, *La protección de los derechos humanos en las Américas*, trad. de Rodolfo Piza Escalante y Robert E. Norris, Madrid, Instituto Interamericano de Derechos Humanos-Civitas, 1990, pp. 560-574; García Bauer, Carlos, *Los derechos humanos en las Américas*, cit., *supra* nota 61, pp. 248-294.

⁷⁰ Cfr. Eissen, Marc-André, *El Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, cit., *supra* nota 15, pp. 25-40.

expresa como obligatoria la competencia de la Corte, ya sea en forma incondicional, bajo la condición de reciprocidad, por un plazo determinado o para casos específicos. Además, como ya se ha señalado (véase *supra* párrafo 91), las controversias planteadas ante la Corte únicamente pueden referirse a la interpretación y aplicación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 62 de la misma Convención).

D) *Legitimación procesal*

97. Ésta varía si se trata del procedimiento consultivo o bien de la tramitación de asuntos contenciosos. a) En el primer supuesto, es decir, en relación con la *competencia consultiva*, la legitimación activa es muy extensa, en cuanto que cualquier Estado miembro de la Organización, la Comisión Interamericana, así como otros órganos de la OEA, pueden solicitar una opinión a la Corte Interamericana, en lo que les compete.⁷¹ A este último respecto, la Corte Interamericana, en la opinión consultiva número dos, emitida el 24 de septiembre de 1982 a instancia de la Comisión Interamericana, expresó que los citados órganos de la OEA, para poder solicitar dictámenes, deben poseer un “legítimo interés institucional”, que se deduce de los instrumentos y normas legales aplicables a la entidad respectiva.⁷²

98. b) En cuanto a la *legitimación procesal en la función estrictamente jurisdiccional*, únicamente pueden acudir a la Corte Interamericana para plantear un controversia relativa a la interpretación y aplicación de la Convención, en primer término la Comisión Interamericana tratándose de reclamaciones individuales tramitadas ante ella, o bien un Estado parte de la Convención. Desde el punto de la *legitimación pasiva*, puede ser

⁷¹De acuerdo con el artículo 51 de la Carta de la OEA dichos órganos son: la Asamblea General, las reuniones consultivas de los ministros de relaciones exteriores, así como los permanentes de la Organización, es decir: la Secretaría General, el Consejo para la Educación, la Ciencia y la Cultura, el Comité Jurídico Interamericano, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, así como las conferencias y las organizaciones especiales. Cfr. Buergenthal, Thomas, “The Advisory Practice of the Interamerican Human Rights Court”, cit., *supra* nota 67, pp. 25-26.

⁷²Cfr. Cisneros Sánchez, Máximo, “Algunos aspectos de la jurisdicción consultiva”, y, Buergenthal, Thomas, Norris, Robert y Shelton, Dinah, *La protección de los derechos humanos en las Américas*, ambos citados *supra* nota 69, pp. 60-61 y 570-574, respectivamente.

parte demandada el Estado parte de la Convención al cual se le atribuya la violación de los derechos humanos consagrados en la misma, siempre que dicho Estado hubiese reconocido expresamente la competencia de la Corte (véase *supra* párrafo 96) (artículo 62 de la Convención). También puede ser demandada la Comisión Interamericana cuando el Estado ob-jete decisiones de la propia Comisión (artículo 26.2 del Reglamento vigente).⁷³

99. Hasta la fecha 17 Estados Partes han reconocido de manera expresa, general y permanente la competencia contenciosa de la Corte Interamericana, sometiéndose a su jurisdicción. Se mencionan en orden alfabético y se cita el año en que formularon dicho reconocimiento: Argentina (1985), Bolivia (1993), Colombia (1985), Chile (1990), Costa Rica (1980), Ecuador (1984), El Salvador (1995), Guatemala (1987), Honduras (1981), Nicaragua (1991), Panamá (1990), Paraguay (1993), Perú (1981), Surinam (1987), Trinidad y Tobago (1991), Uruguay (1985) y Venezuela (1981).

E) *Procedimientos*

100. Como lo hemos señalado anteriormente, la tramitación puede dividirse en dos sectores: consultivo y contencioso. Examinaremos brevemente el primero.

101. a) Por lo que respecta al procedimiento para formular las *opiniones consultivas*, es preciso recordar que tanto los Estados miembros de la Organización como los órganos de la OEA, en particular la Comisión Interamericana, están legitimados para solicitar a la Corte Interamericana la interpretación de las disposiciones de la Convención de San José, de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos, así como de las leyes internas en cuanto a su compatibilidad con los preceptos internacionales. La tramitación se inicia con la presentación de la solicitud respectiva, cuyas copias se envían a los Estados a los cuales pueda concernir el asunto, así como al Secretario General de la OEA, para su remisión a sus diversos órganos interesados. Al enviar dicho

⁷³ Cfr. Gros Espiell, Héctor, "El procedimiento contencioso ante la Corte Interamericana", cit., *supra* nota 60, pp. 70-71.

documento, el Secretario de la Corte informará a los interesados y a la Comisión Interamericana (cuando no es ella la que solicita la opinión de la Corte), que recibirá sus observaciones escritas dentro del plazo fijado por el presidente del tribunal (artículos 64 de la Convención y 51 a 56 del Reglamento).⁷⁴

102. De acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Interamericana, la circunstancia de que un Estado miembro o un organismo de la OEA presente una solicitud de consulta, en los términos del artículo 64.1 de la Convención, no significa que el tribunal sea competente *ipso iure* para contestarla, sino que debe examinar dicha petición para decidir si cumple con las condiciones requeridas por la propia Convención, y si es necesario la Corte puede reformular las preguntas en la forma que considere conveniente, y así lo ha hecho en varias ocasiones.⁷⁵

103. Una institución significativa que se ha utilizado en las diversas consultas se inspira en el procedimiento judicial angloamericano y se refiere a los documentos presentados generalmente por organizaciones no gubernamentales que defienden los derechos humanos, en calidad de *amicus curiae*. Como lo ha señalado la doctrina, no existe en la Convención Americana ni en el Estatuto de la Corte disposición alguna que se refiera expresamente a las opiniones presentadas como *amicus curiae*, pero su procedencia puede fundamentarse en el artículo 34.1 del Reglamento, el cual dispone que la Corte podrá, ya sea a petición de una parte o de los delegados de la Comisión, o bien de oficio, oír en calidad de testigo o de perito, o de *cualquier otro título*, a cualquier persona cuyo testimonio, declaraciones u opinión estime útiles.⁷⁶

104. Una vez terminada la tramitación escrita, la Corte puede ordenar la celebración de una o varias audiencias públicas para escuchar los puntos de vista de los representantes del Estado u organismo que han solicitado la opinión, así como los de aquellos otros gobiernos u organis-

⁷⁴ Algunos Estados partes y casi siempre la Comisión Interamericana formulan observaciones sobre las consultas solicitadas. Cfr. Buergenthal, Thomas, "The Advisory Practice of the Inter-American Human Rights Court", cit., *supra* nota 67, pp. 36-39.

⁷⁵ Cfr. Opinión Consultiva número 7, resuelta el 29 de septiembre de 1986. Exigibilidad del derecho de rectificación o respuesta (artículos 14.1, 1.1 y 2 de la Convención), párrafos 11 y 12. Hitters, Juan Carlos, *Derecho internacional de los derechos humanos*, cit., *supra* nota 2, tomo II, pp. 455-456.

⁷⁶ Cfr. Moyer, Charles, "The Role of *Amicus Curiae* in the Inter-American Court of Human Rights", *La Corte Interamericana de Derechos Humanos*, cit., *supra* nota 20, pp. 103-114.

mos que tengan interés en ser oídos en dichas audiencias. Ha sido una práctica constante que la Comisión Interamericana envíe delegados a estas audiencias, aun en los casos en los cuales no ha pedido el dictamen de la Corte.

105. Con las audiencias se termina el procedimiento y se inician las deliberaciones de los jueces para adoptar la opinión, a la cual se le da lectura en una audiencia pública. Los jueces pueden redactar opiniones individuales, ya sean concurrentes o de disidencia, las que también han sido frecuentes. Finalmente, debe destacarse que en relación con el citado procedimiento, pueden aplicarse, cuando se estime conveniente, las disposiciones relativas al procedimiento contencioso (artículo 55 del citado Reglamento). Como su nombre mismo lo indica, las opiniones consultivas de la Corte Interamericana carecen de efectos imperativos u obligatorios, ya que como lo ha señalado la doctrina su fuerza radica en la autoridad moral y científica de la Corte Interamericana.⁷⁷

106. Podemos señalar como un criterio trascendente en esta dirección el contenido en la sentencia número 2313 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica, pronunciada el 9 de mayo de 1995 en la acción de inconstitucionalidad interpuesta por Roger Ajún Blanco. Dicha Sala Constitucional, que ha aplicado con frecuencia de manera directa preceptos de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como las tesis jurisprudenciales de la Corte Interamericana que han interpretado varios de dichos preceptos, estableció en dicho fallo que era *obligatorio* para el Gobierno de Costa Rica el criterio sentado por la propia Corte al resolver el 13 de noviembre de 1985 la opinión consultiva número 5 sobre la colegiación obligatoria de los periodistas en relación con el artículo 13 de la mencionada Convención Americana, ya que esa consulta fue solicitada por el Gobierno de Costa Rica. Según la citada Sala Constitucional, dicha opinión “no puede menos que obligar al país que puso en marcha mecanismos complejos y costosos del sistema interamericano de protección de los derechos humanos”.

107. En virtud de que los Estados Partes de la Convención Americana se han sometido a la competencia contenciosa de la Corte Interamericana

⁷⁷ Cfr. Dunshee de Abranches, C. A., “La Corte Interamericana de Derechos Humanos”, cit., *supra* nota 63, p. 123; Hitters, Juan Carlos, *Derecho internacional de los derechos humanos*, cit., *supra* nota 2, tomo II, p. 450.

de manera muy paulatina, y que los primeros casos de esa naturaleza se presentaron ante dicho tribunal internacional hasta 1986, han sido numerosas las consultas de los Estados y de la Comisión Interamericana que se han solicitado a la propia Corte. En efecto, hasta la fecha se han resuelto 14 opiniones consultivas, la mayoría de ellas de gran importancia para la interpretación de la Convención Americana.⁷⁸

108. Las dos primeras consultas fueron resueltas el 24 de septiembre de 1982. La primera, solicitada por el Gobierno del Perú sobre “Otros Tratados”, objeto de la función consultiva de la Corte (artículo 64 de la Convención Americana) (véase *supra* párrafo 94), y la segunda, pedida por la Comisión Interamericana, se refirió al efecto de las reservas sobre la entrada en vigor de la propia Convención (artículos 74 y 75). La tercera fue emitida el 8 de septiembre de 1983 a petición de la misma Comisión Interamericana respecto a las restricciones a la pena de muerte (artículos 4.2 y 4.4 de la Convención). La número cuatro fue resuelta el 10 de enero de 1984 a solicitud del Gobierno de Costa Rica, en relación con la propuesta de modificación a la Constitución Política de ese país en materia de naturalización, y es la única que ha versado sobre la compatibilidad de preceptos del ordenamiento interno, inclusive en proyecto, con la Convención Americana.

109. La opinión número cinco fue dictada el 13 de noviembre de 1985, a petición del gobierno de Costa Rica, sobre la colegiación obligatoria de los periodistas en relación con la libertad de pensamiento y de expresión consagrada en el artículo 13 de la Convención. Esa opinión fue objeto de numerosos comentarios en la prensa de varios países, por la trascendencia del dictamen, y ya se ha dicho que fue examinada por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica en su fallo del 9 de mayo de 1995 (véase *supra* párrafo 106). La siguiente, es decir, la número seis, fue pronunciada el 9 de mayo de 1986, a instancia del Gobierno de Uruguay y versó sobre la expresión “leyes” en el artículo 30 de la Convención

⁷⁸ Cfr. Ventura, Manuel y Zovatto, Daniel, *La función consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Naturaleza y principios*, Madrid, Instituto Interamericano de Derechos Humanos-Civitas, 1989; Nieto Navia, Rafael, “La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *La Corte Interamericana de Derechos Humanos*, cit., *supra* nota 20, pp. 115-153; Chueca Sancho, Ángel G., “La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Anuario de Derechos Humanos*, núm. 3, Madrid, Instituto de Derechos Humanos, 1985, pp. 573-599.

Americana, precepto que se refiere a las restricciones de los derechos humanos permitidas por la misma Convención (véase *infra* párrafo 115). La opinión número siete fue dictada el 29 de agosto de 1986, a solicitud del Gobierno de Costa Rica, respecto a la exigibilidad del derecho de respuesta que tiene toda persona afectada con informaciones inexactas o agraviantes emitidas en su perjuicio en los medios de difusión (artículo 14 de la Convención).⁷⁹

110. Las opiniones números ocho y nueve se encuentran muy relacionadas entre sí. La primera fue pronunciada el 30 de enero de 1987 a petición de la Comisión Interamericana y se refiere al hábeas corpus bajo la suspensión de garantías (artículos 27.2, 25.1 y 7.6 de la Convención), en tanto que la segunda fue emitida el 6 de octubre del mismo año, a instancia del Gobierno de Uruguay, sobre las garantías judiciales en situaciones de emergencia (artículos 27.2, 25 y 8 de la Convención Americana (véase *infra*, párrafo 116).

111. La opinión número 10 se decidió el 14 de julio de 1989 y fue promovida por el Gobierno de Colombia respecto al valor jurídico de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de mayo de 1948. La Corte sostuvo que aun cuando esta Declaración no es un tratado tiene efectos vinculatorios para los Estados miembros de la OEA en virtud de las incorporaciones que se han hecho de la misma en tratados multilaterales, como la Carta de la Organización y la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

112. La opinión número 11 fue emitida el 10 de agosto de 1990, a instancia de la Comisión Interamericana, sobre la obligación de agotar los recursos internos cuando se carece de los medios económicos suficientes para contar con la asesoría de un abogado, o cuando existe un temor generalizado entre éstos para tomar la defensa de los afectados. La Corte estableció, al interpretar el artículo 46.1 de la Convención, que los Estados tienen la carga de la prueba para demostrar que existen recursos internos idóneos que no hayan sido agotados, y los reclamantes deben probar que debido a su situación de indigencia no pudieron asesorarse de un abogado, cuando el caso lo requiere, o que existe un temor generalizado

⁷⁹En relación con las opiniones cinco y siete, puede consultarse el estudio de Thompson, José J., "La libertad de prensa en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos", en la obra *Ensayos en honor de Thomas Buergenthal*, editado por Antônio Cançado Trindade, San José, Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1996, pp. 231-254.

que impide a los abogados encargarse de su defensa.

113. La número 12 se pronunció el 6 de diciembre de 1991 a solicitud del Gobierno de Costa Rica, respecto a la conformidad de un proyecto de ley que se discutía en la Asamblea Legislativa, con el artículo 8.2 h) de la Convención Americana sobre el derecho de apelación contra todas las decisiones dictadas por los tribunales penales. La Corte se abstuvo de responder la consulta, apoyándose en el argumento esencial de que se encontraba claramente ante uno de esos eventos en los cuales podría desvirtuarse la jurisdicción contenciosa y verse menoscabados los derechos humanos de quienes han formulado peticiones ante la Comisión Interamericana, por lo que no resultaba conveniente conocer y decidir la citada consulta.

114. La consulta número 13 fue resuelta el 16 de junio de 1993 y fue solicitada conjuntamente por los gobiernos de Argentina y Uruguay para pedir a la Corte la interpretación de varios artículos de la Convención Americana relacionados con las facultades de la Comisión Interamericana y el procedimiento ante la misma (véase *infra* párrafo 117). La última de las opiniones consultivas, o sea la número 14, fue resuelta el 9 de diciembre de 1994, a instancia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y se refirió a la responsabilidad internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la Convención (artículos 1 y 2 de la propia Convención). Al respecto, la Corte Interamericana consideró que la expedición de una ley manifiestamente contraria a las obligaciones asumidas por un Estado al ratificar o adherir a la Convención, constituye una violación de ésta y, en el caso de que esa violación afecte derechos y libertades protegidos respecto de individuos determinados, genera también responsabilidad internacional de tal Estado. Por otra parte, el cumplimiento por parte de agentes o funcionarios del Estado de una ley manifiestamente violatoria de la Convención genera responsabilidad internacional para el Estado involucrado y en el caso de que el acto de cumplimiento constituya *per se* un crimen internacional, produce la responsabilidad internacional de los agentes o funcionarios que ejecutaron dicho acto.

115. Todas estas opiniones consultivas han sido de gran importancia para establecer el alcance y contenido de varios preceptos de la Convención Americana, pero como sería imposible analizar, así sea brevemente, todas ellas, consideramos que asumen particular trascendencia las si-

güentes: la número seis, puesto que se refiere a la expresión "leyes" a los efectos de la restricción permitida de los derechos humanos consagrados por la Convención (artículo 30), ya que al respecto la Corte Interamericana consideró que las leyes a que se refiere dicho precepto significan normas jurídicas de carácter general, ceñidas al bien común, emanadas de los órganos legislativos constitucionalmente previstos y democráticamente elegidos, y elaboradas según el procedimiento establecido por las Constituciones de los Estados partes para la formación de las leyes.

116. También es conveniente señalar las opiniones de la Corte en las consultas octava y novena. En la primera se señaló que los procedimientos jurídicos previstos en los artículos 25.1 (amparo) y 7.6 (hábeas corpus) de la Convención Americana, no pueden ser suspendidos con apoyo en el artículo 27.2 de la misma, porque constituyen garantías judiciales indispensables para proteger derechos y libertades que tampoco pueden suspenderse según la misma disposición. Y en la última de las citadas opiniones formuladas por la Corte, ésta determinó que deben considerarse como garantías judiciales indispensables no susceptibles de suspensión, en los términos de los preceptos mencionados, el hábeas corpus, el amparo o cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, destinados a garantizar el respeto a los derechos y libertades cuya suspensión no está autorizada por la misma Convención, y que también deben considerarse como no suspendibles los procedimientos judiciales inherentes a la forma democrática representativa de gobierno, previstos en el derecho interno de los Estados Partes como idóneos para garantizar la plenitud del ejercicio de los propios derechos no suspendibles, y cuya suspensión o limitación comporte la indefensión de tales derechos.⁸⁰

117. También es importante la opinión número 13, del 16 de julio de 1993, ya que en ella se precisaron las facultades de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en los términos de los artículos 41 y 42 de la Convención Americana para calificar cualquier norma de derecho interno de un Estado Parte como violatoria de las obligaciones que éste ha asumido al ratificarlo o adherirse a ella, pero la Comisión carece de atribuciones para dictaminar si contradice o no el ordenamiento jurídico

⁸⁰ Cfr. Zovatto, Daniel G., "La interpretación del artículo 27 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en las opiniones consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, San José, Costa Rica, núm. 7, enero-junio de 1988, pp. 41-65.

interno de dicho Estado. Además, en dicha opinión la Corte señaló que los artículos 50 y 51 de la Convención contemplan dos informes separados cuyo contenido puede ser similar. El primer informe no puede ser publicado; el segundo sí puede serlo, previa decisión de la Comisión, adoptada por mayoría absoluta de votos después de transcurrido el plazo que se haya otorgado al Estado para tomar las medidas adecuadas.

118. b) El *procedimiento contencioso o jurisdiccional* se inspira esencialmente en el establecido para las Cortes Internacional de Justicia y Europea de Derechos Humanos, aun cuando, debido a la diversa situación de los países de nuestro continente, se han introducido matices peculiares que se acentúan de manera paulatina y que han sido recogidos por la Convención Americana y por los Reglamentos de la Corte Interamericana.⁸¹

119. i) *Demanda y contestación*. De acuerdo con el Reglamento anterior, la tramitación se iniciaba con la presentación de una instancia (que se calificaba de demanda o memoria), ya fuera por la Comisión Interamericana o por el Estado Parte. Conforme a lo establecido por el artículo 25.1 del Reglamento anterior, la citada demanda debía contener la indicación del objeto de la misma, los derechos humanos involucrados y, en su caso, las objeciones elevadas contra la opinión de la Comisión, así como el nombre y dirección de los agentes o delegados.

120. En forma diversa, según el artículo 26 del Reglamento de 1991, la instancia inicial se califica de *demanda*,⁸² con todos los elementos necesarios para determinar el contenido del proceso, ya que dicho precepto exige señalar, además de los requisitos formales relativos a la designación de los representantes de la parte demandante (Comisión Interamericana o Estado Parte), y si el asunto se encuentra ante la primera, las partes del caso y la fecha del informe del artículo 50 de la Convención; además, los requisitos sustanciales relativos al objeto de la demanda, una exposición

⁸¹ Cfr. Gros Espiell, Héctor, "El procedimiento contencioso ante la Corte Interamericana", cit., *supra* nota 60, pp. 73-74; Hitters, Juan Carlos, *Derecho internacional de los derechos humanos*, cit., *supra* nota 2, pp. 467-475; Fix-Zamudio, Héctor, "Lineamientos procesales de los procedimientos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos", cit., *supra* nota 5, pp. 156-158; Gozaíni, *El proceso transnacional*, cit., *supra* nota 10, pp. 41-103; Piza R., Rodolfo E., y Trejos, Gerardo, *Derecho Internacional de los Derechos Humanos: La Convención Americana*, San José, Costa Rica, Editorial Juricentro, 1989, pp. 289-324; Nieto Navia, Rafael, *Introducción al Sistema Interamericano de protección de los derechos humanos*, cit., *supra* nota 67, pp. 77-88.

⁸² Cfr. Hitters, Juan Carlos, *Derecho internacional de los derechos humanos*, cit., *supra* nota 2, tomo II, pp. 486-487; Gozaíni, Osvaldo Alfredo, *El proceso transnacional*, cit., *supra* nota 10, pp. 64-66.

de los hechos, *las pruebas aducidas*, los fundamentos de derecho y las conclusiones pertinentes.

121. El nuevo Reglamento introdujo un aspecto importante en su artículo 27, que el anterior Reglamento no preveía, o sea el relativo al examen preliminar de la demanda por el Presidente de la Corte, con objeto de que si éste advierte que los requisitos fundamentales no se han cumplido, solicite al demandante que subsane los defectos dentro de un plazo de 20 días.

122. Tan pronto como se haya recibido la demanda, el Secretario de la Corte la comunicará, junto con una copia de la misma, al Presidente y a los jueces de la Corte, al Estado demandado, a la Comisión (si ella no es la promovente), al denunciante original, si se conoce, y a la *víctima o sus familiares si fuere el caso*; esto último de acuerdo con la evolución que otorga mayor participación a las víctimas en el proceso ante la Corte Interamericana (véase *infra* párrafos 164 a 167).

123. En los términos del artículo 29 del Reglamento vigente, el Estado demandado tendrá siempre el derecho de responder por escrito la demanda dentro de los tres meses siguientes a la notificación de la misma. Este acto procesal constituye el documento que el anterior Reglamento calificó de *contramemoria*. De acuerdo con el citado ordenamiento de 1980, ésta debía contener el reconocimiento o la contradicción de los hechos mencionados en la memoria; si fuera pertinente, una exposición adicional de los hechos; las observaciones relativas a los fundamentos jurídicos de la memoria; una nueva exposición de derecho y las conclusiones.

124. Aun cuando el artículo 29 del Reglamento vigente no hace referencia expresa al contenido de la *contestación de la demanda*, se entiende que la misma debe abarcar, además de los elementos formales, también los de carácter material relativos a la defensa, entre ellos los que se refieren a los *medios de convicción que ofrece el demandado*.

125. En sustitución a las posibles réplica y dúplica del Reglamento de 1980, el inciso 2 del artículo 29 del ordenamiento vigente faculta al Presidente de la Corte para consultar a los agentes y a los delegados de la Comisión, si estiman necesarios otros actos del procedimiento escrito. En caso afirmativo, fijará los plazos para el depósito de los documentos respectivos. Pero con objeto de evitar la presentación de escritos innecesarios que puedan retrasar el procedimiento, el inciso 4 del mismo artículo 29 del Reglamento actual, adicionado según reforma aprobada

por la Corte el 16 de julio de 1993, con vigencia a partir de esa fecha, otorga al Presidente de la Corte la atribución de rechazar, en consulta con la comisión permanente, cualquier escrito de las partes que considere manifiestamente improcedente y ordenará que se devuelva sin trámite alguno al interesado.

126. ii) *Excepciones preliminares*. De acuerdo con el Reglamento anterior (artículo 27), una vez notificada la demanda y contestada por el Estado o la Comisión demandados, podían presentarse las que los Reglamentos de la Corte han calificado como “excepciones preliminares”, que comprenden las que en el proceso común se califican como dilatorias y aquellas relacionadas con los presupuestos procesales (que deben ser resueltas de inmediato), y las que se refieren al objeto del proceso, que se deciden conjuntamente con la cuestión de fondo. Esas objeciones preliminares no suspenden el procedimiento y se analizan de acuerdo con las exposiciones escritas (y en el supuesto de la celebración de audiencias públicas, también de carácter oral) y las pruebas de las partes. Según el nuevo Reglamento (artículo 31), dichas excepciones preliminares deben ser opuestas dentro de los 30 días siguientes a la interposición de la demanda.

127. Los problemas relativos a las excepciones preliminares son complejos, pues dentro de ellas pueden quedar comprendidas cuestiones procesales de diversa naturaleza, como son las relativas a la competencia de la Corte, las condiciones de admisibilidad (como, por ejemplo, la conclusión del procedimiento contradictorio ante la Comisión Interamericana), los presupuestos procesales propiamente dichos, y algunas otras cuestiones que pueden estar relacionadas con el fondo. Entre estas últimas se encuentra el agotamiento de los recursos internos, que es uno de los requisitos esenciales para la procedencia de las reclamaciones individuales ante la Comisión (artículos 46 de la Convención y 37 del Reglamento de la propia Comisión), y que, como se ha dicho anteriormente, con independencia de la apreciación de esta última, la Corte tiene libertad para examinar nuevamente si lo considera necesario (véase *supra* párrafo 66), y así lo ha hecho en varias ocasiones.

128. En la mayoría de las controversias introducidas ante la Corte Interamericana, a partir de los primeros tres casos contra Honduras interpuestos en 1986, se han planteado excepciones preliminares por parte de los gobiernos demandados, pero en todos estos supuestos, con excepción de uno, dichas excepciones fueron desechadas por la Corte, o bien se

decidió unir algunas de estas excepciones al fondo de los asuntos, en particular en algunas hipótesis relativas al agotamiento de los recursos internos. En general, las excepciones interpuestas se vincularon con cuestiones formales del procedimiento ante la Comisión Interamericana, las que se han considerado infundadas, o bien se trataba de errores u omisiones que no afectaban los derechos de defensa de los propios Estados demandados. En efecto, únicamente en el caso Cayara contra el Gobierno del Perú, la Corte Interamericana, en su resolución del 3 de febrero de 1993, consideró fundada una de las excepciones preliminares interpuestas por el Gobierno y sobreseyó el caso, en virtud de que la demanda del 14 de febrero de 1992 fue interpuesta por la Comisión Interamericana notoriamente fuera del plazo establecido por el artículo 51.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, pero declaró que la Comisión mantenía las demás facultades que le confiere el citado artículo 51 de la Convención.

129. El criterio que ha seguido la Corte al analizar las excepciones preliminares interpuestas por los gobiernos demandados se expresa en el párrafo 63 del fallo mencionado en el párrafo anterior, en cuanto sostuvo: “La Corte debe guardar un justo equilibrio entre la protección de los derechos humanos, fin último del sistema y la seguridad jurídica y equidad procesal que aseguran la estabilidad y confiabilidad de la tutela internacional...”. En ese asunto, que es el único en el que, como se ha dicho, se declaró fundada una excepción preliminar, se tuvo en cuenta una grave infracción del procedimiento establecido por la Convención que afectó las defensas del Estado demandado.⁸³

130. iii) *Fases escrita y oral del procedimiento contencioso*. En el supuesto de que no se planteen cuestiones preliminares o que las mismas sean desechadas o acumuladas al fondo, se inician dos etapas en el procedimiento contradictorio, una escrita y otra de carácter oral, en la inteligencia de que el Presidente de la Corte, después de escuchar las opiniones de los representantes de las partes, señala los plazos en los cuales deben presen-

⁸³ Cfr. Caso Cayara. Excepciones preliminares. Resolución del 3 de febrero de 1993, San José, Costa Rica, Unión Europea-Secretaría de la Corte, 1994, párrafos 43-63. Sobre esta materia también puede consultarse a Hitters, Juan Carlos, *Derecho internacional de los derechos humanos*, cit., *supra* nota 2, tomo II, pp. 489-491; y Reina, Ana María, “Las excepciones preliminares en el sistema interamericano de derechos humanos”, *La Corte y el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, cit., *supra* nota 56, pp. 421-441.

tarse las instancias y otros documentos (artículos 28 y 29 del Reglamento anterior y 29 del actual).

131. De acuerdo con el Reglamento anterior, la parte *escrita* del procedimiento comprendía la presentación de una memoria y de una contramemoria, pero en circunstancias especiales la Corte podía autorizar también la formulación de réplica y dúplica (artículo 30). El artículo 29 del Reglamento aprobado en 1991 simplifica el procedimiento escrito, pues suprime la memoria y la contramemoria del anterior, y esta etapa se reduce a la presentación de la demanda fundamentada (que sustituye a la memoria) y la contestación de la misma, que abarca la contramemoria anterior (véase *supra* párrafos 120 a 125).

132. La apertura del *procedimiento oral* se efectúa previa consulta con los representantes de las partes y delegados de la Comisión, tramitación que se concentra en una o varias audiencias, en las cuales se desahogan las declaraciones de peritos, de los testigos y de otras personas que la Corte decida oír. Todos pueden ser interrogados alternativamente por los representantes de las partes y también por los jueces, bajo la moderación del Presidente del Tribunal (artículos 32 y 41 del Reglamento anterior y 33 a 42 del vigente).⁸⁴

133. iv) *Medidas de instrucción*. Aun cuando existían algunas de estas medidas en el Reglamento anterior, el artículo 34 del vigente las sistematiza, de acuerdo con el principio de la dirección y conducción del proceso por parte de la Corte, ya que los lineamientos formativos del derecho procesal internacional de los derechos humanos requieren mayor concentración e impulso judicial que los lineamientos que se aplican a otras materias de conflicto internacional o supranacional.⁸⁵ Las facultades de la Corte Interamericana para allegarse la información necesaria para el conocimiento de la llamada "verdad material" (en sustitución de la tradicional verdad formal) del objeto de la controversia, son muy extensas, de acuerdo con el citado artículo 34 del Reglamento actual. Al respecto la Corte podrá procurarse, ya sea de oficio o a instancia de parte, de todo medio de prueba que juzgue útil para esclarecer los hechos debatidos.

⁸⁴ Cfr. Hitters, Juan Carlos, *op. ult. cit.*, tomo II, pp. 486-502; Gozaíni, Osvaldo Alfredo, *El proceso transnacional*, cit., *supra* nota 10, pp. 41-71.

⁸⁵ Cfr. Fix-Zamudio, Héctor, "Lineamientos procesales ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos", cit., *supra* nota 5, pp. 156-158; Hitters, Juan Carlos, *op. ult. cit.*, tomo II, pp. 471-475.

En particular podrá oír en calidad de testigo, de perito o por otro título, a cualquier persona cuyo testimonio, declaraciones u opinión estime útiles. También está facultado el tribunal, *en cualquier estado que guarde la causa*, para requerir de las partes el suministro de cualquier medio de prueba que esté a su alcance o de cualquier explicación o declaración que a su juicio pueda ser útil para esclarecer dichos hechos; confiar a cualquier cuerpo, oficina, comisión o autoridad de su elección, el encargo de recoger informaciones, expresar una opinión o hacer un informe sobre un punto determinado. Los informes así preparados no serán publicados mientras la Corte no lo autorice; y, finalmente, también podrá comisionar a uno o varios de sus miembros para que procedan a una averiguación, una inspección judicial o a cualquier otra medida de instrucción.⁸⁶

134. v) *Medidas precautorias o cautelares*. A partir de la clásica definición del ilustre procesalista italiano Piero Calamandrei, en el sentido de que deben considerarse como tales la anticipación provisional de ciertos efectos de la providencia definitiva, efectos encaminados a prevenir el daño que podría derivarse del retardo del fallo, se ha puesto de relieve la importancia que para todo proceso tiene la institución cautelar, porque sin la aplicación de este instrumento, el resultado final, es decir, la sentencia, carecería de eficacia; o la misma sería muy reducida, además de los perjuicios, graves o irreparables, que puedan afectar a las partes.

135. En el derecho procesal internacional de los derechos humanos, las medidas precautorias o cautelares asumen una trascendencia fundamental, porque si no se dictan de manera oportuna y adecuada, los daños que se pueden causar a los afectados por la conducta de las autoridades estatales pueden ser —y de hecho lo son en la mayor parte de los casos— de carácter irreparable, además de que la violación se refiere a los derechos esenciales de la persona humana.

136. Lo anterior ha influido en los estatutos y reglamentos de los tribunales internacionales, y particularmente en los de aquellos que tutelan los derechos fundamentales, y por ello dichos ordenamientos regulan de manera destacada las providencias o medidas precautorias o cautelares.

⁸⁶ *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*, trad. de Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, Editorial Bibliográfica Argentina, 1945, pp. 45-49.

137. Consideramos muy acertada la observación del distinguido internacionalista uruguayo Héctor Gros Espiell, en el sentido de que el sistema interamericano se encuentra mucho más desarrollado en esta materia que el europeo y el de su fuente original, es decir, la regulación del procedimiento ante la Corte Internacional de Justicia (artículo 41 del Estatuto y artículos 73 a 79 del Reglamento de esta última).⁸⁷

138. El inciso 2 del artículo 63 de la Convención Americana regula las medidas precautorias (que califica de *medidas provisionales*) con una gran amplitud, en cuanto dispone que en casos de extrema gravedad y urgencia, y cuando se haga necesario evitar daños irreparables a las personas, la Corte en los asuntos de que está conociendo, podrá tomar las medidas provisionales que estime convenientes. Pero además establece que *si se tratare de asuntos que aún no están sometidos a su conocimiento, podrá actuar a solicitud de la Comisión*. De acuerdo con lo dispuesto por los artículos 23 del Reglamento de 1980 y 24 del vigente, al transcribir la norma del citado precepto de la Convención, añada que dichas medidas se pueden decretar en cualquier momento, de oficio, a petición de alguna de las partes o de la Comisión.⁸⁸

139. La Corte, desde los primeros asuntos contenciosos que le fueron sometidos por la Comisión, adoptó de oficio, o a petición de ésta, varias medidas cautelares, las que se han vuelto cada vez más frecuentes debido a la situación de inestabilidad que existe en varios países de la región. Por otra parte, la Comisión Interamericana ha solicitado también con frecuencia que la Corte tome medidas precautorias en varios asuntos que no ha sometido todavía al tribunal.

140. Debido a que es ya significativo el creciente número de asuntos en trámite ante la Corte o ante la Comisión, la primera ha dictado providencias cautelares y perfeccionado de manera paulatina los lineamientos procesales que deben aplicarse a las medidas precautorias, en especial las pedidas por la Comisión, que son las que asumen mayor complejidad,

⁸⁷ *La Convención Americana y la Convención Europea de Derechos Humanos*, cit., *supra* nota 40, pp. 184-185.

⁸⁸ Cfr. Hitters, Juan Carlos, *Derecho internacional de los derechos humanos*, cit., *supra* nota 2, tomo II, pp. 482-485; Aguiar-Aranguren, Asdrúbal, "Apuntes sobre las medidas cautelares en la Convención Americana sobre Derechos Humanos", y Nieto Navia, Rafael, "Las medidas provisionales en la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Teoría y praxis", estos dos trabajos en la obra *La Corte y el Sistema Interamericano sobre Derechos Humanos*, cit., *supra* nota 56, pp. 19-37 y 369-398, respectivamente.

ya que se trata de asuntos que no se encuentran sometidos a la Corte. Al respecto, la Corte ha establecido de manera paulatina varios principios que podemos resumir de la siguiente manera: a) las medidas precautorias solicitadas por la Comisión Interamericana en asuntos que todavía no introduce ante la Corte deben considerarse de carácter extraordinario, es decir, únicamente en los supuestos en que resultan verdaderamente necesarias; b) en segundo lugar, que la Comisión debe ejercitar previamente, cuando procedan, las facultades que le otorga el artículo 29, inciso 2, de su Reglamento, en el sentido de que podrá pedir (se entiende que a los Estados respectivos) medidas cautelares para evitar que se consuma el daño irreparable, en caso de ser verdaderos los hechos denunciados (véase *supra* párrafo 70).

141. Además, la Corte ha determinado que para otorgar las medidas solicitadas por la Comisión Interamericana en un caso que todavía no está sometido a su conocimiento, la citada Comisión debe presentar información suficiente al tribunal que permita adoptar dichas medidas, las cuales requieren que la propia Comisión hubiese reunido, así sea en forma preliminar, elementos que hagan presumir la veracidad de los hechos denunciados y la existencia de extrema gravedad y urgencia que pueda causar daños irreparables a las personas.⁸⁹

142. Por otra parte, la Corte reformó, el 25 de enero de 1993, el inciso 4 del artículo 24 de su Reglamento actual, que en su redacción original (que también coincidía con el inciso 4 del artículo 23 anterior) disponía que cuando se solicitaran medidas provisionales y la Corte no estuviera reunida, el Presidente debía convocarla de inmediato, lo que provocaba problemas graves en la práctica para celebrar una reunión extraordinaria con este propósito. El precepto vigente a partir del 26 de enero de 1993 establece que: "Si la Corte no estuviere reunida, el Presidente, en consulta con la comisión permanente y, de ser posible, con los demás jueces, requerirá al gobierno interesado que tome las medidas urgentes necesarias y que actúe de manera tal que las medidas provisionales que

⁸⁹ Pueden consultarse especialmente las resoluciones pronunciadas el 27 de enero de 1993 por la Corte Interamericana respecto a la solicitud de medidas provisionales pedidas por la Comisión en los casos Chipoco y penales peruanos, transcritas en el *Informe de la Corte Interamericana* correspondiente a 1993, Washington, D.C., Organización de Estados Americanos, 1994, pp. 17-19 y 21-23.

después pueda tomar la Corte en su próximo periodo de sesiones, tengan los efectos pertinentes”.

143. vi) *Terminación anticipada del proceso. Sobreseimiento.* Esta conclusión puede ocurrir en tres hipótesis: a) la primera, cuando la parte actora notifica al Secretario de la Corte su intención de desistir. Si las otras partes aceptan dicho desistimiento, la Corte puede ordenar el archivo del expediente, después de conocer los puntos de vista de la Comisión Interamericana; b) en segundo lugar, también puede ordenarse el archivo del asunto por sobreseimiento, cuando las partes en un caso ante la Corte comuniquen a ésta la existencia de una solución amistosa, de una avenencia o de otro hecho apto para proporcionar una solución al litigio. El tribunal debe oír previamente a los representantes del denunciante original, de la presunta víctima o de sus familiares. No obstante lo anterior, la propia Corte está facultada para resolver que se prosiga en el examen del caso (artículo 42 del Reglamento anterior y 43 del vigente). La Corte ha conocido de un asunto en el cual se combinan las dos hipótesis mencionadas, ya que la Comisión Interamericana —que había presentado el caso ante la Corte— se desistió expresamente del mismo debido a que concertó un convenio entre el gobierno demandado y los representantes de la víctima, convenio que la Comisión consideró satisfactorio en sus términos y en su cumplimiento. La Corte, después de oír a los representantes de las partes, así como a los familiares del afectado que se manifestaron conformes con el convenio y su cumplimiento, admitió el desistimiento de la acción por la parte demandante y sobreseyó el caso, pero se reservó la facultad de reabrirlo y continuar su tramitación si hubiese en el futuro un cambio de las circunstancias que dieron lugar al acuerdo.⁹⁰

144. c) Una tercera forma de terminación anticipada del proceso consiste en el reconocimiento de la responsabilidad del Estado demandado sobre los hechos que se imputan y que equivale al *allanamiento*. Esta situación se ha presentado en varios asuntos sometidos al conocimiento de la Corte, lo que a nuestro punto de vista constituye un avance en la conducta de los Estados de nuestro continente, ya que indica la voluntad de reparar las violaciones que se les han imputado con anterioridad a que pudiera dictarse por la Corte una sentencia condenatoria. Podemos citar

⁹⁰Cfr. Caso Maqueda. Resolución del 17 de enero de 1995, San José, Costa Rica, Unión Europea-Secretaría de la Corte, 1995, párrafos 17-27.

al respecto los casos Aloeboetoe y otros contra el Gobierno de Surinam (sentencia del 4 de diciembre de 1991), el amparo contra Venezuela (sentencia del 18 de enero de 1995) y Garrido y Baigorria contra el Gobierno de Argentina (sentencia del 2 de febrero de 1996).

145. vii) *Resoluciones y sentencia*. De acuerdo con la clasificación procesal generalmente aceptada, la Corte Interamericana y, en su caso, su Presidente, pueden dictar tres clases de resoluciones: *decretos*, *autos* y *sentencias*. Implícitamente se reconoce esta división en el artículo 45 del actual Reglamento de la Corte Interamericana, en el cual se dispone que las sentencias y las resoluciones (autos) interlocutorias que pongan fin al proceso, quedan reservadas a la decisión de la Corte. Las demás resoluciones serán dictadas por la Corte, si estuviere reunida, o, si no estuviere, por el Presidente, salvo disposición en contrario. También corresponde al Presidente, de acuerdo con el inciso c) del artículo 4 del citado Reglamento, dictar los simples acuerdos de trámite, en su función de dirigir y promover los trabajos de la Corte. En la práctica se ha conferido el nombre de sentencia no sólo a la que pone fin al conflicto al decidir sobre el fondo de la controversia, que por ello podemos calificar de “definitiva”, sino también a las resoluciones que deciden excepciones preliminares o establecen los aspectos específicos de indemnizaciones y reparaciones y que corresponden a lo que algunos códigos procesales denominan tradicionalmente “sentencias interlocutorias”.

146. Por lo que respecta a la sentencia definitiva, una vez que ha terminado la instrucción y se han celebrado las audiencias de fondo, la Corte delibera en privado para establecer una votación preliminar. De acuerdo con esta votación, se designa a uno o más ponentes entre los jueces de la mayoría o minoría respectivas, fijándose entonces la fecha de la discusión y votación finales, en las que se aprueba la redacción del fallo, que se comunica a las partes en una audiencia pública. El fallo será firmado por todos los jueces que participaron en la votación, los que pueden formular votos de disidencia o concurrentes, pero es válida la resolución suscrita por la mayoría de los jueces (artículos 66 de la Convención, 45 del Reglamento anterior y 46 del nuevo).

147. Con independencia de los *tres* casos que hemos mencionado anteriormente, en los cuales la Corte, al considerar que había terminado la controversia por el reconocimiento de los hechos por los gobiernos demandados, inició el procedimiento para determinar las reparaciones

e indemnizaciones (véase *supra* párrafo 144), el tribunal ha resuelto en cuanto al fondo *seis* casos extraordinariamente complicados y difíciles (en total *nueve*, de los cuales siete han implicado la responsabilidad de los Estados demandados).

148. Muy brevemente podemos señalar que de estos seis procesos, los dos primeros (Ángel Manfredo Velásquez Rodríguez y Saúl Rodríguez Cruz) se resolvieron en cuanto al fondo el 29 de julio de 1988 y se determinó la responsabilidad del Gobierno de Honduras. El tercero (Francisco Fairén y Yolanda Solís) fue decidido el 15 de marzo de 1988, con absolución del mismo Gobierno. En los otros tres asuntos, es decir, Gangaram Panday contra el Gobierno de Surinam; Víctor Neira Alegría y otros contra el Gobierno del Perú, e Isidro Caballero Delgado y María del Carmen Santana contra Colombia, fallados por la Corte Interamericana los días 21 de enero de 1994, 19 de enero y 8 de diciembre de 1995, respectivamente, tuvieron carácter condenatorio.

149. El fallo de fondo es definitivo e inapelable de acuerdo con el artículo 67 de la Convención, lo que significa que adquiere la *autoridad de cosa juzgada*. Por este motivo no admite ningún medio ordinario o extraordinario de impugnación. Sin embargo se ha planteado la duda doctrinal de si la sentencia firme de la Corte Interamericana puede ser combatida por medio del *recurso excepcional de revisión*, es decir, aquel que se apoya en un hecho nuevo que pueda afectar la sustancia del caso resuelto. Este medio de impugnación se regula en forma expresa por el artículo 57 del Reglamento de la Corte Europea de Derechos Humanos, y tiene su origen en el artículo 61 del de la Corte Internacional de Justicia. De acuerdo con el primer precepto, en caso de descubrirse un hecho que por su naturaleza ejerza una influencia decisiva en un caso y fuese desconocido en la época en que se pronunció la sentencia, tanto por el tribunal como por el demandante de la revisión, una parte o la Comisión Europea pueden presentar una demanda de revisión del fallo de que se trata dentro del plazo de seis meses a partir del momento en que haya tenido conocimiento del hecho descubierto.

150. El destacado tratadista Héctor Gros Espiell considera, a nuestro modo de ver acertadamente, que dicho recurso de revisión en los supuestos excepcionales en que lo admite el citado Reglamento de la Corte Europea, también resulta procedente contra los fallos firmes de la Corte

Interamericana, por aplicación de los principios generales del derecho procesal.⁹¹

151. viii) *Interpretación de la sentencia*. Este instrumento que el destacado procesalista español Niceto Alcalá-Zamora y Castillo consideró como “uno de los mecanismos más absurdos que se pueda imaginar”⁹² tiene su origen en el artículo 60 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia y fue consagrado primeramente en el artículo 56 del Reglamento de la Corte Europea y posteriormente en el 67 de la Convención Americana y consignado por los artículos 48 del Reglamento de 1980 de la Corte Interamericana y 50 del vigente de 1991. Es difícil precisar la naturaleza procesal de este instrumento, pero se aproxima al mecanismo denominado “*aclaración de sentencia*”, ya que por medio de la misma se pretende precisar los términos y los alcances de un fallo judicial. Por su parte, el procesalista argentino Juan Carlos Hitters afirma que dicha instancia asume el ropaje de un recurso en la medida que enmienda un error material o supla una omisión, y que, en cambio, no lo es cuando la aclaratoria tiende a perfeccionar el pronunciamiento por medio de una verdadera “interpretación” del mismo.⁹³

152. La solicitud (que se califica de demanda) puede presentarse por cualquiera de las partes ante la Corte Interamericana en el supuesto de desacuerdo sobre el sentido y alcance de la resolución, dentro de los 90 días a partir de la fecha de su notificación (el citado artículo 56 del Reglamento de la Corte Europea establece el plazo demasiado amplio de tres años contados a partir del pronunciamiento del fallo). En el periodo de ejecución de las dos sentencias condenatorias contra Honduras (véase *supra* párrafo 148), el Gobierno autorizó el pago de la indemnización a los familiares de las víctimas un año después de vencida la obligación, mediante Decreto del 21 de julio de 1990. Por ese motivo, la Comisión solicitó a la Corte Interamericana la interpretación de las resoluciones compensatorias del 15 de marzo de 1989, y esta última decidió, el 17 de agosto de 1990, que el citado Gobierno debía cubrir los intereses mo-

⁹¹ En sus trabajos “El procedimiento contencioso ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos” y *La Convención Americana y la Convención Europea de Derechos Humanos*, cit., *supra* notas 60 y 40, pp. 181 y 190-191, respectivamente.

⁹² “Protección procesal internacional y derechos humanos”, cit., *supra* nota 6, p. 344.

⁹³ *Derecho internacional de los derechos humanos*, cit., *supra* nota 2, tomo II, pp. 512-513.

ratorios por el retraso y compensar el valor del lempira que se había devaluado sustancialmente.

153. ix) *Cumplimiento del fallo*. Cuando éste determina la responsabilidad del Estado demandado y se establecen reparaciones e indemnizaciones, el mismo no puede ejecutarse de manera forzada, como ocurre con los fallos condenatorios pronunciados en los procesos internos, por lo que un sector de la doctrina considera que dicha sentencia *es obligatoria pero no ejecutiva*, en virtud de que, en los términos del artículo 68 de la Convención, los Estados Partes de la misma que hubiesen reconocido la competencia de la propia Corte, se comprometen a cumplir con la decisión del tribunal en todo caso en que sean partes.⁹⁴

154. Existe, sin embargo, un medio de presión moral para lograr el cumplimiento del fallo, por medio del informe anual que debe presentar la Corte Interamericana a la consideración de la Asamblea General de la OEA, en el que, de manera especial y con las recomendaciones pertinentes, señalará los casos en que un Estado no haya dado cumplimiento a la decisión del tribunal (artículos 65 de la Convención y 30 del Estatuto de la Corte), lo que ha hecho la Corte Interamericana en algunas ocasiones. Al respecto, el destacado internacionalista A. H. Robertson consideró que si bien la presentación de un informe es un procedimiento poco usual para un órgano judicial, puede ser un medio eficaz para lograr la ejecución del fallo, puesto que la publicidad del incumplimiento es algo que la mayoría de los gobiernos prefiere evitar.⁹⁵

155. Como se ha señalado, si la Corte decide en su fallo que hubo violación de uno o varios derechos o libertades protegidos por la Convención Americana, dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de sus derechos y libertades conculcadas y, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de las medidas o situaciones violatorias. En este último supuesto, la indemnización compensatoria, en el caso de que no se cubra voluntariamente, podrá exigirse al país respectivo por conducto del

⁹⁴ Cfr. Hitters, Juan Carlos, *Derecho internacional de los derechos humanos*, cit., *supra* nota 2, tomo II, pp. 509-511; Gozaíni, Osvaldo Alfredo, *El proceso transnacional*, cit., *supra* nota 10, pp. 97-99.

⁹⁵ "Pactos y Protocolo opcional de las Naciones Unidas, Convención Americana y Convención Europea sobre Derechos Humanos", cit., *supra* nota 12, p. 187.

procedimiento interno vigente para la ejecución de las sentencias contra el Estado (artículos 63.1 y 68.2 de la Convención).⁹⁶

V. LAS RELACIONES ENTRE AMBOS ORGANISMOS

156. La Convención Americana sobre Derechos Humanos regula en forma muy escueta las relaciones entre la Comisión y la Corte Interamericanas. Al respecto, podemos señalar que el artículo 33 de la propia Convención establece que son competentes la Comisión y la Corte Interamericanas, para conocer de los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados Partes en dicha Convención. El artículo 57 dispone que la Comisión comparecerá en todos los casos ante la Corte y, finalmente, los artículos 70 a 73 consagran disposiciones comunes a ambos organismos, pero sin precisar tampoco la naturaleza de sus relaciones recíprocas.

157. Han sido la práctica y esencialmente la jurisprudencia de la Corte, las que han establecido algunos lineamientos sobre la situación de ambos organismos y sus relaciones jurídicas y procedimentales recíprocas. Desde luego no existe duda de que se trata de organismos estrechamente vinculados, ya que sólo por medio de la Comisión pueden someterse las reclamaciones individuales al conocimiento de la Corte, y ello con posterioridad a que se hubiese agotado el procedimiento ante la propia Comisión. Por consecuencia, estimamos que son tres los aspectos esenciales que se han clarificado paulatinamente: a) el primero se refiere a la situación que guarda la Comisión respecto de la Corte; b) el segundo, la cuestión relativa a la naturaleza jurídica de la Comisión, en especial en su actuación ante el tribunal, y, finalmente, c) los lineamientos relativos a la representación de la propia Comisión Interamericana ante la Corte.⁹⁷

158. a) Por lo que respecta al primer problema, la Corte Interamericana, en particular en los tres primeros casos contenciosos contra Honduras, estableció con claridad que el procedimiento ante la Comisión no consti-

⁹⁶ Cfr. Gros Espiell, Héctor, "El procedimiento contencioso ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos", cit., *supra* nota 60, pp. 89-93.

⁹⁷ Cfr. las agudas observaciones de Márquez Rodríguez, Edith, por varios años Secretaria Ejecutiva de la Comisión Interamericana, "Las relaciones entre la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos", en la obra *La Corte y el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, cit., *supra* nota 5, pp. 297-320.

tuye una instancia previa de carácter judicial, y que por ello la Corte *ejerce jurisdicción plena sobre todas las cuestiones relativas a un caso*. Al respecto, la Corte Interamericana sostuvo en lo conducente, que:

En el ejercicio de estas atribuciones (jurisdiccionales) la Corte no está vinculada con lo que previamente haya decidido la Comisión, sino que está habilitada para sentenciar libremente, de acuerdo con su propia apreciación. Obviamente la Corte no actúa con respecto a la Comisión en un procedimiento de revisión, de apelación u otro semejante. Su jurisdicción plena para considerar y revisar *in toto* lo precedentemente actuado y decidido por la Comisión, resulta de su carácter de único órgano jurisdiccional de la materia...⁹⁸

159. b) Sobre el segundo aspecto, es decir, el de la naturaleza jurídica de la Comisión Interamericana, todavía existe falta de claridad sobre la misma. Sin embargo, se ha producido consenso doctrinal y jurisprudencial en el sentido de que dicha Comisión no realiza, en cuanto al conocimiento de las reclamaciones individuales, una función jurisdiccional. Se ha hablado en ocasiones de atribuciones judiciales (en sentido amplio) o parajudiciales, que se consideran aplicables también a la Comisión Europea, pero estos vocablos no son muy precisos.⁹⁹

160. Consideramos que la figura que tiene mayor aproximación con las atribuciones de la Comisión Interamericana en cuanto a su participación en los procedimientos contenciosos ante la Corte Interamericana es la del *ministerio público*¹⁰⁰ en el proceso penal interno, aun cuando con la diferencia de que el proceso ante la propia Corte no tiene carácter represivo.¹⁰¹ En efecto, la Comisión realiza en el procedimiento por el cual conoce de reclamaciones individuales, una actividad de *instrucción* similar a la del propio ministerio público en la etapa de investigación previa al proceso

⁹⁸ Cfr. Casos Velásquez Rodríguez, Godínez Cruz y Fairén Garbí y Solís Corrales. Excepciones preliminares. Resueltos conjuntamente el 26 de junio de 1987 en cuanto a dichas excepciones. Párrafos 29, 32 y 34, respectivamente.

⁹⁹ Cfr. Hitters, Juan Carlos, *Derecho internacional de los derechos humanos*, cit., *supra* nota 2, tomo I, pp. 299-301.

¹⁰⁰ El procesalista español Alcalá-Zamora y Castillo, Niceto, consideró acertadamente que la Comisión actúa en los procedimientos contenciosos ante la Corte Interamericana con grandes semejanzas a la actuación del ministerio público, en su estudio "Protección procesal internacional y derechos humanos", cit., *supra* nota 6 pp. 327-328.

propriadamente dicho y dentro de este último; aun cuando existen discrepancias doctrinales, debe considerarse que actúa como *parte procesal*, en sus dos posiciones, de actora y, excepcionalmente, de demandada, ante la Corte Interamericana, aun cuando carece de interés jurídico personal en la controversia, el que corresponde a los peticionarios originales y a las víctimas. Para el tratadista argentino Osvaldo Alfredo Gozaíni, la Comisión Interamericana actúa ante la Corte como un sustituto procesal de los peticionarios, es decir, *por derecho propio pero en interés ajeno*, y que no puede considerársele por medio de un solo criterio, pues su actuación es multifacética, en su carácter de ente administrativo de promoción y protección de los derechos consignados en la Convención Americana.¹⁰²

161. Coincidimos con Edith Márquez Rodríguez, en cuanto sostiene que la Comisión actúa ante la Corte desempeñando funciones similares a las que le corresponderían al ministerio público de un Estado, esto es, la Comisión representa tanto los intereses generales del sistema orientados al objeto de que los derechos humanos establecidos en la Convención puedan efectivamente ser tutelados por el órgano judicial, como los intereses de las víctimas que han acudido a ella precisamente para que, ante la imposibilidad de que ellas puedan acceder directamente a la Corte, la Comisión pueda representarlas.¹⁰³

162. En nuestro concepto la Comisión Interamericana puede asumir tres posiciones en relación con el procedimiento contencioso ante la Corte. La primera de ellas, y la más importante, es la de *parte demandante*, en el supuesto de que las reclamaciones individuales no obtengan una

¹⁰¹ Al respecto Piza Escalante, Rodolfo, "El proceso contencioso ante el Tribunal Interamericano de Derechos Humanos", cit., *supra* nota 32, pp. 161-162, considera que el proceso contencioso ante la Corte Interamericana no tiene carácter penal en virtud de que no tiene por objeto determinar la imputación criminal, si existe, de las personas que realizaron los hechos que se consideran violatorios, sino establecer la responsabilidad internacional del Estado en el cual se realizaron las conductas que infringieron la Convención Americana. Este criterio fue adoptado por la Corte Interamericana en las sentencias de fondo de los asuntos Velásquez Rodríguez, Godínez Cruz y Fairén Garbí y Solís Corrales, en las sentencias del 20 de julio de 1988, 20 de enero y 15 de marzo de 1989, párrafos 134, 140 y 136, respectivamente.

¹⁰² El *proceso transnacional*, cit., *supra* nota 10, pp. 48-50.

¹⁰³ "Las relaciones entre la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos", cit., *supra* nota 97, p. 311.

solución amistosa, ni tampoco el cumplimiento de las recomendaciones formuladas por dicha Comisión al Estado respectivo. En este supuesto, la Comisión puede optar por presentar la demanda ante la Corte (la otra alternativa, como es bien sabido, es formular un segundo informe y en su caso publicarlo dentro del carácter anual que presente ante la Asamblea General de los Estados Americanos).¹⁰⁴ Esta decisión de la Comisión Interamericana de presentar un caso contencioso ante la Corte no es absolutamente discrecional, ya que la propia Corte ha sostenido que debe apoyarse “en la alternativa que sea más favorable para la tutela de los derechos establecidos en la Convención”.¹⁰⁵

163. c) De acuerdo con lo establecido por el artículo 71.1 del Reglamento de la Comisión Interamericana, ésta “delegará en uno o más de sus miembros su representación para que participen, con carácter de delegados, en la consideración de cualquier asunto ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. Según el inciso 4 de dicho precepto, los delegados podrán ser asistidos por cualquier persona designada por la Comisión, la que actuará de conformidad con las instrucciones de los delegados. A su vez, el artículo 22.1 del Reglamento de la Corte, que se refiere a la representación de la Comisión, dispone que ésta será representada por los delegados que al efecto designe, los que podrán hacerse asistir por cualesquiera personas de su elección. Hasta aquí no existe problema alguno, ya que la propia Comisión puede designar delegados y asesores para que participen en el procedimiento ante la Corte Interamericana, todos ellos de acuerdo con las instrucciones que reciban de la misma Comisión.

164. La cuestión que se ha prestado a debate es la posición que deben asumir en el procedimiento ante la Corte Interamericana, los promoventes y denunciadores de las reclamaciones ante la Comisión y que actúan a nombre de las víctimas. Al respecto, el inciso 2 del mencionado artículo 22 del Reglamento vigente de la Corte Interamericana establece que: “Si entre quienes asisten a los delgados conforme al párrafo precedente *figuran abogados representantes designados por el denunciante original, por la*

¹⁰⁴ Cfr. Fix-Zamudio, Héctor, “Lineamientos procesales de los procedimientos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, cit., *supra* nota 5, pp. 165-166.

¹⁰⁵ Opinión Consultiva 13/93. Ciertas atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, resuelta el 16 de julio de 1993, párrafo 50.

presunta víctima o por los familiares de ésta, esta circunstancia deberá comunicarse a la Corte”.

165. En la práctica es frecuente que la Comisión informe a la Corte que en los asuntos que ha sometido a su conocimiento, ha designado entre los asesores de la Comisión, además de los abogados de la propia Comisión, a los abogados representantes de los denunciantes o de las presuntas víctimas, y estos últimos han participado activamente en el procedimiento ante la Corte, pero siempre bajo las instrucciones y supervisión de la Comisión. El artículo 44.2 del Reglamento actual de la Corte ha dado un paso adelante en esta materia y ha establecido que la propia Corte podrá invitar a las personas mencionadas en el invocado artículo 22.2 del citado Reglamento, es decir, a los representantes de los denunciantes o de las presuntas víctimas, a que presenten alegatos en relación con la aplicación del artículo 63.1 de la Convención, que se refiere a las reparaciones e indemnizaciones que puede establecer la Corte en su fallo definitivo, cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos por la misma Convención. Lo anterior se ha traducido en la presentación de peticiones que pueden o no coincidir con las de la Comisión Interamericana en este aspecto.

166. No se ha llegado todavía a la solución adoptada por el Reglamento vigente de la Corte Europea de Derechos Humanos, que con motivo de un desarrollo paulatino autoriza a los representantes de los afectados para comparecer ante ella como una verdadera parte independiente de la Comisión respectiva, y en esas condiciones pueden presentar medios de prueba y formular alegatos (artículos 30, 32 y 33 del Reglamento de la Corte Europea).¹⁰⁶

167. El voto disidente presentado por el entonces juez de la Corte Interamericana Rodolfo Piza Escalante respecto de la sentencia de fondo dictada en el asunto Velásquez Rodríguez, resuelto el 29 de junio de 1988, sostiene, entre otras consideraciones, que en su concepto la única parte activa en el proceso contencioso ante la Corte es la víctima o sus causahabientes, por lo que debe reconocérsele expresamente este carácter y no como asesor de la Comisión. Aun cuando esta opinión es compartida por

¹⁰⁶ Cfr. Gros Espiell, Héctor, *La Convención Americana y la Convención Europea de Derechos Humanos*, cit., *supra* nota 40, pp. 182-183.

un sector de la doctrina,¹⁰⁷ por nuestra parte estimamos que el reconocimiento de los abogados o representantes de las presuntas víctimas como parte independiente en el proceso contencioso no puede ser inmediato, sino que debe procederse con prudencia en estos primeros años de actuación de la Corte Interamericana, que fue precisamente la actitud de la Corte Europea en la misma cuestión, por lo que de manera paulatina se irá confiriendo a dichos representantes una mayor participación, como ya lo hace el inciso 2 del citado artículo 22 del Reglamento vigente de la Corte Interamericana.¹⁰⁸

VI. PERSPECTIVAS

168. Después de casi 40 años de funcionamiento de la Comisión y más de tres lustros de actividad de la Corte Interamericana, muy brevemente planteamos algunos aspectos que se avizoran en el futuro del sistema interamericano de protección y promoción de los derechos humanos, que como todos los instrumentos internacionales de tutela de los propios derechos de la persona humana, debe continuar su desarrollo de manera progresiva y dinámica como lo ha venido haciendo durante todos estos años.

169. Uno de los aspectos esenciales de la proyección del sistema interamericano es la necesidad de fortalecer los dos órganos de protección, o sea, la Comisión y la Corte Interamericanas de Derechos Humanos, ya que puede observarse con claridad una continua y creciente actividad de los mismos debido a que los Estados Partes de la OEA se han percatado de la necesidad y de la conveniencia de contar con dichos organismos

¹⁰⁷ Cfr. Hitters, Juan Carlos, *Derecho internacional de los derechos humanos*, cit., *supra* nota 2, tomo II, pp. 477-480; Grosman, Claudio, "Reflexiones sobre el sistema interamericano de protección y promoción de los derechos humanos", y Méndez, Juan E., "La participación de la víctima ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos", ambos en la obra *La Corte y el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, cit., *supra* nota 5, pp. 259-260 y 321-332, respectivamente. Además, del primer tratadista citado debe mencionarse su estudio "Desapariciones en Honduras: La necesidad de representación directa de las víctimas en litigios sobre derechos humanos", *Ensayos en honor de Thomas Buergenthal*, San José, Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1996, pp. 335-373.

¹⁰⁸ Cfr. Fix-Zamudio, Héctor, "Lineamientos procesales de los procedimientos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos", cit., *supra* nota 5, pp. 166-167.

internacionales que complementen sus ordenamientos internos en la tutela de los derechos de la persona humana, ya que de manera también progresiva han incorporado a dichos ordenamientos en ocasiones a nivel constitucional, los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, en particular la Convención Interamericana.

170. Si hacemos una comparación, así sea superficial, con el modelo europeo, los organismos similares, es decir, la Comisión (que desaparecerá en cuanto entre en vigor el Protocolo número 11 a la Convención de Roma) y la Corte Europeas de Derechos Humanos cuentan con recursos considerablemente mayores, tanto materiales como profesionales, para resolver las reclamaciones individuales que se someten a su conocimiento, si se toma en cuenta, además, que dichas reclamaciones poseen en general un menor grado de complejidad que las que conocen los organismos interamericanos. Aun cuando es verdad que la Organización de Estados Americanos ha hecho un verdadero esfuerzo para incrementar los presupuestos de los propios organismos, habida cuenta sus insuficientes recursos, dichos presupuestos se encuentran lejos de ser satisfactorios para realizar la labor, siempre en aumento, de la protección instrumental de los derechos humanos en nuestro continente. Como lo ha sostenido el profesor Claudio Grossman, actual Presidente de la Comisión Interamericana, ésta, con sólo nueve abogados que integran el secretariado desde 1965, ha tenido que tramitar más de 10,000 casos individuales, de efectuar visitas *in loco* y preparar informes de países y, además, únicamente con dos sesiones anuales de los comisionados.¹⁰⁹

171. Si se logra un aumento sustancial en los recursos materiales y técnicos, la Comisión podría incrementar sus funciones de instrucción de los casos individuales a un nivel semejante a las realizadas por la Comisión Europea. Algunos autores han propuesto que la Corte Interamericana tome en cuenta, en una mayor proporción, las investigaciones realizadas por la Comisión Interamericana durante la tramitación de los casos individuales y no iniciar *ex novo* un periodo probatorio, como lo ha hecho hasta la fecha.¹¹⁰ Esta posibilidad sería factible en el supuesto de la que la Comisión Interamericana, como lo hace la Europea, pudiese desahogar las pruebas testimonial y pericial de manera contradictoria,

¹⁰⁹"Reflexiones sobre el sistema interamericano de protección y promoción de los derechos humanos", cit., *supra* nota 107, pp. 255-256.

como lo efectúa la Corte Interamericana, es decir, en audiencia pública con la presencia de las partes respectivas, a fin de que el tribunal pudiese dar por comprobados los hechos respectivos.¹¹¹

172. Como hasta la fecha la Comisión ha realizado una instrucción preliminar, incluyendo la apreciación también preliminar de los medios de convicción aportados por los denunciantes y los Estados involucrados, pero sin efectuar un procedimiento probatorio de carácter contradictorio, la Corte ha tenido la necesidad de recibir, desahogar y valorizar los elementos de convicción de manera autónoma, pero por supuesto sin desconocer los resultados de las investigaciones realizadas por la Comisión. Por todo ello sería muy conveniente que la Comisión Interamericana pudiese efectuar, si contase con los medios indispensables, esa labor de instrucción que hiciera innecesario, salvo el surgimiento de nuevos hechos o pruebas no disponibles ante ella, un procedimiento probatorio completo ante el Tribunal Interamericano.

173. Por lo que respecta a la Corte Interamericana, cuya carga de trabajo se incrementa de manera constante, como resulta muy explicable, si se toma en consideración que han sido numerosos los Estados partes en la Convención que se han sometido de manera paulatina, pero creciente, a la competencia contenciosa de la Corte (véase *supra* párrafo 99), y no obstante el apoyo presupuestal que le ha prestado la Organización, no cuenta todavía con los medios materiales y profesionales suficientes para hacer frente al creciente número de asuntos predominantemente contenciosos que se le someten y que asumen una gran complejidad tanto fáctica como jurídica. Si bien no parece cercano el momento en que la Corte Interamericana se transforme en un organismo permanente, como en un futuro próximo lo será la Corte Europea, sí requiere de más periodos de sesiones, pues sólo hasta el último año ha sido posible elevar el número hasta cuatro anuales.

¹¹⁰ Cfr. Grossman, Claudio, *op. ult. cit.*, pp. 256-258; Reisman, Michael y Koven Levit, Janet, "Fact-Finding Initiatives for the Inter-American Court of Human Rights", en la misma obra en la que aparece el trabajo anterior, *La Corte y el Sistema Interamericanos de Derechos Humanos*, cit., *supra* nota 5, pp. 443-456.

¹¹¹ Cfr. Fix-Zamudio, Héctor, "Lineamientos procesales de los procedimientos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos", cit., *supra* nota 5, pp. 176-178.

174. Pero además de un mayor apoyo económico tanto a la Comisión como a la Corte Interamericanas para que puedan realizar de manera más dinámica sus funciones complementarias, se pueden plantear otras modificaciones más profundas, al menos a mediano plazo, porque requerirían reformas a la Convención Interamericana que no son fáciles de efectuar. Ya se ha planteado, y se encuentra actualmente en discusión, la posibilidad de ampliar el número de miembros de la Comisión Interamericana.¹¹²

175. Aun cuando es difícil alcanzar un consenso en esta materia, nos parece conveniente, aunque no sea inmediata, la reforma de los artículos 34 y 52 de la Convención, que fijan en siete el número de miembros tanto de la Comisión como de la Corte Interamericanas, para elevarlos a 11, como se ha propuesto respecto de la primera, pues si bien es cierto que tanto los comisionados como los jueces se eligen a título individual y representan a todos los Estados miembros que integran la Organización (artículo 1 del Estatuto de la Comisión), y no por países, se toman en cuenta las diversas regiones de nuestro continente. Sin embargo, el motivo principal no radica en la distribución geográfica, sino en la eficacia del funcionamiento de ambos organismos protectores.

176. En efecto, por lo que respecta a la Comisión, el mayor número de miembros le permitirá una mayor flexibilidad en su funcionamiento por salas o secciones, ya que en la actualidad resulta difícil con el quórum de mayoría absoluta (artículos 17.1 del Estatuto y 18 del Reglamento de la propia Comisión) realizar todas las actividades del organismo, que son muy variadas y complicadas, para poder efectuarlas con la actual composición. Por lo que respecta a la Corte Interamericana, es evidente que el aumento del número de jueces podría aumentar la eficacia del tribunal. En la actualidad se requiere el quórum de cinco jueces para poder funcionar y debe hacerlo, para tomar decisiones, siempre en pleno (artículos 23 del Estatuto y 13 del Reglamento de la Corte). Si se incrementa a 11 el número de jueces, podría funcionar en dos salas de cinco, y el Presidente asumiría plenamente su actividad administrativa y sustanciadora, salvo la de encabezar el pleno, que se reunirá en ocasiones extraordinarias para pronunciar resoluciones de la mayor trascendencia.

¹¹² Cfr. la propuesta del Gobierno de Nicaragua de aumentar de siete a 11 el número de miembros de la Comisión, que se encuentra actualmente en estudio en la OEA, y que ha recibido comentarios muy diversos de los Estados miembros de la Organización.

177. También en lo que respecta a la Corte Interamericana es preciso realizar dos modificaciones esenciales a la Convención por lo que respecta a su composición y funcionamiento, de acuerdo con los resultados de su actividad en estos 17 años. En primer término, es preciso analizar la posibilidad de suprimir, o al menos reducir a su mínimo indispensable, los jueces *ad hoc*, que si bien tienen justificación en la Corte Internacional de Justicia de La Haya, su existencia no se plantea en forma tan evidente en un tribunal de derechos humanos. Dicha institución se ha regulado también en la Corte Europea de Derechos Humanos (artículo 43 de la Convención de Roma y 23 del Reglamento), pero como dicha Corte se integra con un juez por cada país que forme parte del Consejo de Europa y hubiese reconocido la competencia de la propia Corte (artículos 38 de la Convención, y en la actualidad más de 30), la figura no se utiliza con demasiada frecuencia.¹¹³ Por el contrario, debido al reducido número de jueces de la Corte Interamericana, que funciona siempre en pleno, los jueces *ad hoc* han ido en aumento con el incremento de los casos planteados por la Comisión ante la Corte, e inclusive se corre el riesgo de que puedan ser más numerosos que los miembros titulares del tribunal, pues no es infrecuente que los Estados designen jueces *ad hoc* para cada asunto cuando son varios los que se tramitan simultáneamente contra ellos ante la Corte.

178. En segundo lugar, existe otra complicación en el funcionamiento de la Corte Interamericana, que es la posibilidad real de la coexistencia de una doble composición de la misma, que ya se ha presentado en varias ocasiones, debido a lo dispuesto por el artículo 16 de la Convención Americana, cuya redacción, por otra parte, no es uniforme en los textos español y portugués, respecto de las versiones autorizadas en inglés y francés, que son los cuatro idiomas oficiales de la OEA. Este precepto se refiere a los jueces cuyo mandato haya vencido, pero que continuarán participando de los casos en los cuales ya hubieren tomado conocimiento en cuanto al fondo, de acuerdo con la interpretación que realizó la Corte Interamericana para armonizar los cuatro textos mencionados de este precepto, en su resolución del 22 de noviembre de 1992.¹¹⁴ Esta norma se

¹¹³ Cfr. Cohen-Jonathan, Gérard, *La Convention Européenne des Droits de l'Homme*, cit., *supra* nota 14, pp. 167-168. Este distinguido autor nos informa que hasta 1986 sólo se habían designado jueces *ad hoc* en siete de los 120 asuntos que había resuelto en esa época.

inspira en disposiciones semejantes aplicables tanto a la Corte Internacional de Justicia como a la Corte Europea de Derechos Humanos y se apoya en el principio de inmediación procesal, de acuerdo con el cual un juez que ha participado en los aspectos esenciales de un asunto tiene mayor conocimiento del mismo y por lo tanto está en una mejor posición para decidirlo, pero complica el funcionamiento de los tribunales respectivos.

179. Si combinamos la existencia de varios jueces *ad hoc* y la doble composición de la Corte Interamericana, no es difícil imaginar las considerables complicaciones para que este tribunal pueda actuar en forma expedita. Por tanto, en nuestro concepto resultaría muy conveniente, además de revisar la institución de los jueces *ad hoc*, modificar el citado artículo 16 de la Convención Americana para evitar una doble composición de la Corte, de tal manera que todos los asuntos contenciosos puedan ser tramitados y resueltos por los jueces en funciones, pues si bien se sacrificaría la posibilidad de participación de jueces que ya hubiesen iniciado el conocimiento de fondo de los casos que están en mejores condiciones para resolverlos aun cuando hubiesen terminado su mandato, se obtiene la ventaja muy apreciable de un funcionamiento más dinámico del tribunal.

180. Finalmente, resulta evidente que, como ocurre con el modelo europeo, al menos hasta que entre en vigor el Protocolo número 11 (véase *supra* párrafo 17), tanto la Comisión como la Corte Interamericanas deben laborar en forma coordinada y armónica y, por ello, como ocurre con los organismos europeos, deben operar en el mismo lugar, como estos últimos lo hacen en la ciudad de Estrasburgo. En forma diferente y debido a que fueron creados en épocas diversas, la Comisión Interamericana reside en la ciudad de Washington, D.C., desde su fundación en 1960 (véase *supra* párrafo 31), en tanto que la Corte Interamericana realiza sus actividades, desde su fundación, en 1979, en la ciudad de San José, en virtud del convenio de sede con el Gobierno de Costa Rica (véase *supra* párrafo 80). Si bien tanto espontáneamente como por mandato de la Asamblea General, de la OEA la Corte y la Comisión han procurado reunirse periódicamente para resolver problemas comunes,¹¹⁵ la consulta y las deliberaciones

¹¹⁴Cfr. Nieto Navia, Rafael, "Aplicación por la Corte Interamericana de Derechos Humanos de las normas de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados sobre interpretación en diversos idiomas", *Ensayos en honor de Thomas Buergenthal*, cit., *supra* nota 107, pp. 397-416.

constantes, que resultan necesarias tratándose de dos organismos tan vinculados entre sí, son complicadas y costosas debido al traslado de los miembros de ambas instituciones tutelares a las dos sedes mencionadas. De ahí que resulte conveniente, aun cuando no lo sea de inmediato, que tanto la Corte como la Comisión funcionen en un mismo lugar, que podría ser la ciudad de San José, que se encuentra en una situación geográfica intermedia respecto de los diversos países del continente americano.

VII. CONCLUSIONES

181. Como resultado de las reflexiones anteriores, podemos llegar a las siguientes conclusiones.

182. *Primera.* A partir de la terminación de la Segunda Guerra Mundial, con la formación de la Organización de las Naciones Unidas y la expedición de las Declaraciones Americana y Universal de los Derechos del Hombre, se ha perfilado en el seno del derecho internacional general una nueva disciplina que puede calificarse como derecho internacional de los derechos humanos, con dos sectores esenciales: uno de carácter *sustantivo*, actualmente muy desarrollado, pues en los últimos años se ha expedido una cantidad impresionante de declaraciones, resoluciones y tratados sobre derechos humanos en sus aspectos genéricos y específicos; y otro de naturaleza *instrumental*, de más reciente formación desde el punto de vista doctrinal y que puede denominarse derecho procesal internacional de los derechos humanos. En este último enfoque y desde el ángulo normativo, podemos señalar cinco regímenes: el de carácter universal, que corresponde a la Organización de las Naciones Unidas y que ha culminado en el Comité de Derechos Humanos, establecido en el Protocolo Facultativo del Pacto de las Naciones Unidas sobre Derechos Civiles y Políticos. En el ámbito regional funcionan cuatro sistemas: el europeo, el interamericano, el africano y el de la Comunidad de Estados Independientes. En el primero se han creado dos organismos la Comisión y la Corte Europea de Derechos Humanos, establecidos por la Convención de Roma de 1950, y que de cierta manera han servido de modelo a la

¹¹⁵ Cfr. Márquez Rodríguez, Edith, "Las relaciones entre la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos", cit., *supra* nota 97, pp. 317-320.

Comisión y a la Corte Interamericanas de Derechos Humanos, regulados actualmente por la Convención Americana y, finalmente, aun cuando en un grado menor de evolución, debe destacarse la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos y el sistema de la Comunidad de Estados Independientes.

183. *Segunda.* El derecho sustantivo internacional de los derechos humanos en el sistema interamericano está integrado esencialmente por la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre de 1948 y por la Convención Americana sobre los Derechos Humanos aprobada en la ciudad de San José, Costa Rica, en noviembre de 1969, y que entró en vigor en julio de 1978. También se han expedido otros instrumentos específicos tales como la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, suscrita el 9 de diciembre de 1985 y que entró en vigor el 28 de febrero de 1987. Además se han aprobado, pero todavía no entran en vigor por la falta de las ratificaciones necesarias, dos Protocolos a la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos; el Adicional en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador), aprobado el 17 de noviembre de 1988; y el relativo a la Abolición de la Pena de Muerte, suscrito el 8 de junio de 1990; finalmente, se encuentra también la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, aprobada el 9 de junio de 1994. Como sería muy complicado realizar un análisis de estos instrumentos, sólo hacemos el estudio del sector instrumental de carácter regional.

184. *Tercera.* El sector interamericano del derecho procesal internacional de los derechos humanos se integra con dos organismos estrechamente relacionados, así como con los procedimientos que deben seguirse ante ellos. En ambos aspectos se tomó como modelo al sistema europeo, pero con matices peculiares que se han acentuado de manera paulatina. Estos dos organismos son la Comisión y la Corte Interamericanas de Derechos Humanos. La Comisión no fue creada por un tratado, sino por una resolución tomada en la Quinta Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores (Santiago de Chile, 1959), y el Consejo de la OEA aprobó su Estatuto el 25 de mayo de 1960, que le atribuyó en sus inicios funciones exclusivas de promoción de los derechos humanos consagrados en la Declaración Americana de 1948. Paulatinamente, dicha Comisión extendió sus atribuciones al examen de reclamaciones individuales y colectivas sobre violación de los mismos derechos. La Organización

amplió también de manera paulatina sus funciones, especialmente en la Segunda Conferencia Interamericana Extraordinaria (Río de Janeiro, 1965) y en la Tercera Conferencia Interamericana Extraordinaria (Buenos Aires, 1967), que aprobó un Protocolo de reformas a la Carta de la OEA. Finalmente, la Comisión Interamericana fue incorporada en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, aprobada en San José, Costa Rica, en noviembre de 1969 que, como se ha dicho, entró en vigor en julio de 1978. Su Estatuto fue aprobado por la Asamblea General de la Organización (La Paz, 1979). Por el contrario, la Corte Interamericana de Derechos Humanos fue establecida por la Convención Americana y su Estatuto aprobado también por la Asamblea General de La Paz, en 1979. Entró en funciones en noviembre de este último año.

185. *Cuarta.* La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, de acuerdo con la Convención Americana, el Estatuto, y su Reglamento aprobado en 1980 con varias modificaciones posteriores, es un órgano de la Organización de los Estados Americanos creado para promover la observancia y la defensa de los derechos humanos establecidos en la Declaración y en la Convención Americanas, y para servir como órgano consultivo de la Organización en esta materia. Está integrado por siete expertos designados por la Asamblea General a título individual por un periodo de cuatro años, con una posible reelección. Sus funciones son muy amplias, y sin demeritar las relativas a la promoción, las que se refieren a la defensa de los derechos humanos son también extensas, ya que comprenden la admisión y tramitación de reclamaciones individuales sobre violación de los citados derechos por los Estados, tanto partes en la Convención Americana como sólo miembros de la Organización que no la hubiesen ratificado, pues entonces la Comisión se apoya en la Declaración de 1948. En esta misma dirección está facultada para pronunciarse sobre violaciones masivas de derechos humanos, lo que hizo con frecuencia por medio de informes específicos esencialmente durante el imperio de los gobiernos militares latinoamericanos, así como para realizar visitas *in loco* en los Estados que la inviten o la autoricen. La función instrumental de mayor significado es la relativa a la investigación de reclamaciones individuales, en las cuales, si no se llega a una solución amistosa, se puede formular un primer informe (artículo 50 de la Convención) con las recomendaciones para reparar las violaciones respectivas. Si dichas recomendaciones no son acatadas, la Comisión tiene la alternativa de

someter el caso a la Corte, o bien formular un segundo informe, con recomendaciones finales que si no las cumple el Estado respectivo, puede publicar esa circunstancia en el Informe Anual ante la Asamblea General.

186. *Quinta.* La Corte Interamericana de Derechos Humanos está regulada por la Convención Americana, el Estatuto de 1979 y sus dos reglamentos, de 1980 y el vigente de agosto de 1991. Aun cuando el artículo primero del citado Estatuto define a la Corte como “una *institución judicial autónoma* cuyo objetivo es la aplicación e interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, la doctrina considera que se trata en realidad de un “organismo judicial autónomo”. Se integra con siete jueces designados por los Estados partes en dicha Convención, a título individual, y por un periodo de seis años que puede ser objeto de una renovación. Posee dos atribuciones esenciales: una de carácter *consultivo* y otra de naturaleza *contenciosa*. La primera es de gran amplitud, puesto que puede ser solicitada no sólo por los Estados miembros de la Organización sino también por la Comisión Interamericana y por otros organismos de la OEA en el campo de sus actividades, y comprende la interpretación no únicamente de la Convención Americana, sino también de cualquier otro tratado sobre derechos humanos que tenga aplicación en el Continente Americano. Hasta la fecha, la Corte ha emitido 14 opiniones consultivas de gran importancia para el desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos en el continente americano.

187. *Sexta.* En cuanto a la función estrictamente *jurisdiccional* o *contenciosa*, la Corte Interamericana puede conocer de los casos que le son sometidos por la Comisión Interamericana o por un Estado Parte de la Convención, siempre que los Estados que actúen ante ella hubiesen reconocido de manera expresa la competencia contenciosa del tribunal. Hasta el momento, 17 Estados se han sometido de manera permanente a la jurisdicción de la Corte. El procedimiento contradictorio ante la Corte tiene dos fases, una escrita y otra oral, con la tendencia a la concentración y a la inmediatez. Hasta la fecha sólo la Comisión ha sometido varias controversias ante el tribunal, que tienden a incrementarse desde los primeros tres casos iniciados en 1986. La Corte ha dictado varias sentencias de fondo en casos sumamente complicados; fallos que en su mayor parte han sido condenatorios. También se ha pronunciado respecto de excepciones preliminares. Se observa la tendencia de que los Estados reconocen su

responsabilidad en varios casos sometidos al conocimiento de la Corte, lo que debe considerarse muy positivo. También el tribunal ha sido muy activo al dictar providencias cautelares en situaciones de urgencia para evitar perjuicios irreparables a las personas, tanto en los asuntos de que conoce, como de aquellos que se encuentran todavía en tramitación ante la Comisión.

188. *Séptima.* La Convención Americana regula en forma muy escueta las relaciones entre la Comisión y la Corte Interamericanas, pero las mismas se han incrementado en la práctica de manera paulatina y se han desarrollado en tres sectores: a) la situación que guarda la Comisión respecto de la Corte; b) la cuestión relativa a la naturaleza jurídica de la propia Comisión cuando actúa ante el Tribunal; y c) los lineamientos relativos a la representación de la propia Comisión ante la Corte. En el primer supuesto, tanto la doctrina como la jurisprudencia de la Corte han llegado a la conclusión de que la citada Comisión no constituye una instancia previa de carácter judicial, y por ello la Corte ejerce jurisdicción plena sobre todas las cuestiones relativas a un caso. En segundo lugar, aun cuando se ha considerado que la Comisión realiza funciones que se han calificado como judiciales (en sentido amplio) o parajudiciales, su actuación ante la Corte se aproxima a la del ministerio público en el ámbito interno. Finalmente, la Comisión puede hacerse representar ante la Corte por sus miembros y por cualesquiera personas que considere conveniente. En este último sector generalmente designa entre sus asesores a los abogados de los denunciantes o de las víctimas, los que participan en los actos del proceso pero bajo la vigilancia y supervisión de la Comisión. Inclusive autoriza a estos últimos a que, según el artículo 44.2 del Reglamento vigente, presenten alegatos en relación con las reparaciones e indemnizaciones establecidas en la sentencia de fondo.

189. *Octava.* Es previsible que las actividades de la Comisión y de la Corte se incrementen de manera considerable en el futuro, en cuanto los Estados miembros de la Organización que todavía no han ratificado la Convención lo hagan y se sometan de manera expresa a la jurisdicción contenciosa de la Corte, debido el convencimiento de los propios Estados de la necesidad de la instancia internacional para el perfeccionamiento del régimen interno de tutela de los derechos humanos. Además, de manera creciente los mismos Estados han incorporado a sus ordena-

mientos constitucionales los derechos establecidos por la Convención y les han otorgado supremacía. En este sentido, resulta necesario reforzar con mayor presupuesto y personal profesional a los dos organismos del sistema: elevar su número de integrantes de siete a 11, como ya se ha propuesto respecto de la Comisión, para que puedan funcionar en salas; y finalmente, establecer una residencia común para la Comisión y para la Corte, que actualmente funcionan en lugares diversos, lo que dificulta su comunicación, la que debe ser constante y permanente.

SIGNIFICADO ACTUAL DEL CONTROL CONSTITUCIONAL EN MÉXICO*

SUMARIO. I. *Introducción*. II. *Instrumentos de control constitucional en el texto original de la Constitución Federal de 1917*. III. *El derecho procesal constitucional mexicano en la actualidad*. IV. *Las nuevas garantías constitucionales*. V. *Conclusiones*.

I. INTRODUCCIÓN

1. En estas ocho décadas de evolución a partir del texto original de la Constitución Federal promulgada el 5 de febrero de 1917, el control constitucional en nuestro ordenamiento jurídico ha experimentado cambios sustanciales, por medio de los cuales se ha actualizado de manera paulatina para llegar a un grado de adelanto similar al de las Cartas Fundamentales de otros países latinoamericanos, y si bien se ha avanzado de manera considerable, especialmente en los últimos años, es preciso seguir adelante para perfeccionar las instituciones que forman parte de lo que podemos denominar en la actualidad “derecho procesal constitucional mexicano”.

2. En efecto, como resultado de una evolución progresiva, en la Constitución Federal de 1917, que todavía está vigente con numerosas reformas, se consagraron cuatro instrumentos de control constitucional, es decir: a) el juicio político o de responsabilidad de los altos funcionarios; b) el procedimiento de investigación de la Suprema Corte de Justicia; c) las controversias constitucionales, y d) el juicio de amparo. La mayoría de estas instituciones procesales provenían de la Carta Federal anterior del

*Publicado en la obra *Memoria del Simposio Internacional. El significado actual de la Constitución*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 1998, pp. 209-264.

5 de febrero de 1857, que con algunas variantes fueron incorporadas en el texto original de nuestra Ley Fundamental en vigor, con excepción del llamado procedimiento de investigación encomendado a nuestro más alto tribunal que fue una creación original del Constituyente de Querétaro.¹

3. Además de varias modificaciones que se hicieron a los cuatro instrumentos anteriores, en años muy recientes se introdujeron otros nuevos, entre los cuales podemos citar las siguientes: a) la acción abstracta de inconstitucionalidad (1995); b) El juicio para la protección de los derechos político-electorales de los ciudadanos (1996); c) El juicio de revisión constitucional electoral (1996), y d) las comisiones de derechos humanos (*Ombudsman*) (1992). En tales condiciones, el control constitucional mexicano está formado por ocho garantías constitucionales, algunas de las cuales son muy recientes, por lo que se encuentran en una etapa inicial de aplicación. Aun cuando no es nada sencillo, haremos el intento de analizarlas muy brevemente, destacando la evolución de los primeros cuatro instrumentos iniciales hasta llegar a su situación actual.

II. INSTRUMENTOS DE CONTROL CONSTITUCIONAL EN EL TEXTO ORIGINAL DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL DE 1917

A) *El juicio político*

4. Como señalamos anteriormente (véase *supra* párrafo 2), el Constituyente de Querétaro estableció cuatro garantías constitucionales en el texto de la Carta Federal de 1917; si bien en su mayor parte ya se habían establecido en la Constitución anterior de 1857, en el Constituyente de Querétaro se elaboraron con una concepción más moderna, aun cuando no siempre con la mejor técnica jurídica.

5. En primer lugar haremos una referencia sucinta al juicio político de responsabilidad de los altos funcionarios consagrado en el título IV de la Constitución de 1917. El artículo 108, en su texto original, señaló de manera limitativa a aquellos funcionarios que estaban dotados del llamado

¹Cfr. Fix-Zamudio, Héctor, "La justicia constitucional en el ordenamiento mexicano", en la obra *Estudios jurídicos en torno a la Constitución Mexicana de 1917 en su septuagésimoquinto aniversario*, México, UNAM, 1992, pp. 107-121.

“fuero constitucional”,² es decir los protegidos por inmunidad relativa para su enjuiciamiento por parte de los tribunales ordinarios en relación con delitos que se califican del “orden común”, ya que se requería de previa autorización o “desafuero” por la Cámara de Diputados, en los términos del anterior artículo 109 de la propia Ley Suprema, pero que podían ser juzgados por el Congreso Federal, en ambas instancias, respecto de los llamados “delitos oficiales” (en realidad infracciones políticas), según el diverso artículo 111, también en su redacción primitiva.

6. Dichos funcionarios eran: el Presidente de la República, los senadores y diputados al Congreso de la Unión; los ministros de la Suprema Corte de Justicia, los secretarios del despacho; el Procurador General de la República, así como los gobernadores de los Estados y los diputados de las legislaturas locales. De los anteriores, tenían una situación peculiar, en primer lugar, el Presidente de la República, cuya responsabilidad se limitaba (y todavía se restringe) sólo a la traición a la patria y a los delitos graves del orden común. Esta restricción tiene por objeto, de acuerdo con los debates en el Constituyente de Querétaro, evitar que el jefe del Ejecutivo Federal quedara a merced del Congreso, el cual podría, al menos en teoría, obstaculizar sus actividades bajo la amenaza de enjuiciarlo por supuestos o reales delitos o faltas de carácter oficial.³ En cuanto a los gobernadores y diputados de las legislaturas de los Estados, su responsabilidad se limitaba en el texto original del artículo 108 constitucional, a la violación de la Constitución y leyes federales, ya que las restantes infracciones políticas debían someterse a las propias legislaturas, según lo dispuesto por las Constituciones locales respectivamente, y así lo proponía expresamente un proyecto de reforma a dicho precepto fundamental elaborado en 1947.

² Cfr. González Bustamante, Juan José, *Los delitos de los altos funcionarios y el fuero constitucional*, México, Botas, 1946.

³ Según el artículo 103 de la Carta Federal de 1857, además de las causas de responsabilidad mencionadas anteriormente, el Presidente de la República era también responsable por violación expresa de la Constitución y ataque a la libertad electoral. Cfr., entre otros, Ruiz, Eduardo, *Derecho constitucional mexicano*, 2a. ed., México, Tipografía de Aguilar e hijos, 1902, pp. 355-358. Sobre los debates en el Constituyente de Querétaro, *Derechos del pueblo mexicano. México a través de sus constituciones*, 4a. ed., México, Cámara de Diputados, LV Legislatura-Miguel Ángel Porrúa, 1994, tomo X, pp. 712-718.

7. De acuerdo con el texto original del mencionado artículo 111 de la Constitución Federal, el juicio político de responsabilidad se tramitaba en dos instancias. La primera se seguía ante la Cámara de Diputados, la que debía decidir, después de seguir un procedimiento contradictorio, si existía motivo de culpabilidad. Si tal era el caso, la propia Cámara debía llevar la acusación ante el Senado federal, el cual, a su vez, después de oír a las partes debía pronunciarse por mayoría absoluta de votos si consideraba justificada dicha acusación. Dicha decisión, si era condenatoria, implicaba que el funcionario respectivo quedaba privado de su cargo e inhabilitado para ocupar otro en determinado periodo, con independencia de otras responsabilidades en que hubiere incurrido. Según el mismo precepto fundamental, existía “acción popular” para denunciar las infracciones políticas, la que podía ejercitarse ante la Cámara de Diputados. Tratándose de delitos oficiales propiamente dichos, es decir, los cometidos por los funcionarios y empleados públicos con motivo y en el ejercicio de sus funciones y cuando éstos no estaban dotados de inmunidad constitucional, el enjuiciamiento se encomendaba a un jurado popular, similar al que se establece en el artículo 20, fracción VI, de la misma Constitución Federal, para los delitos cometidos por medio de la prensa contra el orden público o la seguridad exterior o interior de la nación. Este último precepto se encuentra todavía en vigor, aun cuando sin aplicación práctica.

8. Por otra parte, de acuerdo con el citado artículo 111 constitucional, el llamado “fuero constitucional” únicamente se otorgó a los ministros de la Suprema Corte de Justicia; en cambio, tanto en relación con los propios ministros como respecto de los restantes jueces y magistrados federales y del Distrito Federal se estableció una tramitación especial que se inspiraba en el concepto de permanencia de los funcionarios judiciales del derecho constitucional estadounidense, en tanto mostraran “buena conducta”. El procedimiento especial para el enjuiciamiento de los funcionarios judiciales por “mala conducta” requería de una solicitud de destitución del Presidente de la República (reforma del 20 de agosto de 1928), después de oír en privado al funcionario judicial respectivo, con el fin de apreciar en conciencia la justificación de la acusación que se calificaba como “confesión laica” (reforma del 21 de septiembre de 1944), y si el Presidente consideraba que estaba comprobada la conducta indebida, turnaba el

asunto a ambas Cámaras para que, con audiencia del propio funcionario acusado, decidieran sobre esta imputación.⁴

9. Este régimen fue modificado en las reformas constitucionales promulgadas en diciembre de 1982, ya que el citado artículo 111 anterior fue sustituido por el artículo 110 vigente, que conserva los lineamientos del citado procedimiento de dos instancias, pero cambió sustancialmente el sistema de la inmunidad procesal, ya que sustituyó la enumeración de los altos funcionarios señalados expresamente en el artículo 108 antes citado (véase *supra* párrafo 5) por el concepto mucho más amplio e indeterminado de “servidor público” dentro del cual se incluyen a “los representantes de elección popular, a los miembros de los poderes judicial federal y judicial del Distrito Federal, a los empleados y funcionarios y, en general a *toda persona que desempeñe un empleo, cargo o comisión de cualquier naturaleza en la administración pública federal o del Distrito Federal*”. Dicho precepto fue modificado en aspectos secundarios en las posteriores reformas constitucionales de diciembre de 1994, para incluir en la lista de sujetos al juicio político a los consejeros de la Judicatura Federal y de las Judicaturas de los Estados y del Distrito Federal, y de agosto de 1996, para agregar en la lista a los magistrados de la Sala Superior del Tribunal Electoral, así como al Consejero Presidente y a los Consejeros Electorales del Consejo General del Instituto Federal Electoral.

10. De manera inconsistente con los principios básicos del juicio político, el cual ha sido regulado en la mayoría de las legislaciones contemporáneas con objeto de establecer un enjuiciamiento especial o un procedimiento previo para el procesamiento de los *altos funcionarios* del Estado, es decir, a los *titulares de los poderes públicos*, a los cuales se les otorga una *inmunidad procesal relativa* para que no sean entorpecidos en sus funciones por acusaciones temerarias o notoriamente infundadas, el actual artículo 110 señala que pueden ser sometidos al citado juicio político los senadores y diputados al Congreso de la Unión; los ministros de la Suprema Corte de Justicia; los magistrados de la Sala Superior del Tribunal Electoral; los consejeros de la Judicatura Federal; los secretarios del Despacho; los jefes

⁴Cfr. Cárdenas, Raúl F., *Responsabilidad de los funcionarios públicos*, México, Porrúa, 1982 (publicado antes de las reformas constitucionales de diciembre de ese año), pp. 313-498; García Ramírez, Sergio, *Curso de derecho procesal penal*, 5a. ed., México, Porrúa, 1989, pp. 776-818.

de Departamento Administrativo; los diputados a la Asamblea Legislativa del Distrito Federal; el Jefe de Gobierno del Distrito Federal; el Procurador General de la República y el Procurador de Justicia del Distrito Federal; el Consejero Presidente y los Consejeros Electorales del Consejo General del Instituto Federal Electoral. Hasta aquí la enumeración resulta correcta de acuerdo con los principios del juicio político. Pero el citado precepto agrega, además, a los magistrados de circuito y jueces de distrito, a los jueces y magistrados del fuero común el Distrito Federal, a los directores generales o sus equivalentes de los organismos descentralizados, pero lo que es más grave, también a los titulares de *empresas de participación estatal mayoritaria, sociedad o asociaciones asimiladas a éstas y fideicomisos públicos*. No obstante las mencionadas reformas de 1994 y 1996 a este precepto constitucional (véase *supra* párrafo 9), en las cuales se tuvo la posibilidad de corregir el grave error que señalamos, éste se mantuvo inalterado.

11. Además de lo anterior, el mencionado artículo 110 constitucional extiende el juicio político, como lo hacía pero en forma más limitada el 111 anterior (véase *supra* párrafo 6), a los gobernadores de los Estados, diputados locales y magistrados de los tribunales superiores de justicia locales por “violaciones graves a esta Constitución y a las leyes que de ella emanen, así como por el manejo indebido de fondos y recursos federales” (esto último excede, en nuestra opinión, a la responsabilidad política), pero en este caso “la declaración de responsabilidad” (hecha en segunda instancia por el Senado federal) será únicamente declarativa y se comunicará a las legislaturas locales para el ejercicio de sus funciones y procedan como corresponda”. En cuanto al Presidente de la República, el texto actual del artículo 108 reitera el precepto original en el sentido de que “durante el tiempo de su cargo, sólo podrá ser acusado por traición a la patria y delitos graves del orden común”. Por otra parte, y de acuerdo con el modelo estadounidense, el párrafo tercero del artículo 110 establece que “Las sanciones consistirán en la destitución del servidor público y en su inhabilitación para desempeñar funciones, empleos, cargos y comisiones de cualquier naturaleza en el servicio público”.⁵

⁵ Cfr. González Oropeza, Manuel, “La responsabilidad política en el derecho constitucional americano”, *Anuario Jurídico XI*, México, 1984, pp. 459-489.

12. Consideramos que el juicio político, de acuerdo con las diversas modalidades que se advierten en las legislaciones contemporáneas, posee el propósito esencial de evitar los enjuiciamientos indebidos a los titulares de los poderes públicos que puedan afectar sus funciones y, por otra parte, sancionar las *infracciones a la Constitución* que puedan cometer los altos funcionarios, cuya comprobación implica su destitución, inhabilitación y, en su caso, las sanciones establecidas en las leyes penales.⁶ En cuanto al ordenamiento mexicano, podemos aplicar dichos lineamientos si tomamos en consideración que las infracciones constitucionales que pueden originar el juicio político, establecidas por los artículos 60. y 70. de la Ley de Responsabilidades (de los empleados y funcionarios de los Gobiernos Federal y del Distrito Federal) de diciembre de 1982, coinciden casi literalmente con las leyes de responsabilidades anteriores de 1939 y 1979, artículos 13, y 3o., respectivamente.⁷

B) *El procedimiento de investigación de la Suprema Corte de Justicia*

13. El texto original del párrafo tercero del artículo 97 constitucional otorgaba a la Suprema Corte de Justicia la facultad para designar a alguno de sus miembros, o un juez de distrito o magistrado de circuito; nombrar uno o varios comisionados especiales, cuando así lo juzgara conveniente o lo pidiera el Ejecutivo Federal; o alguna de las Cámaras del Congreso de la Unión o gobernador de algún Estado, únicamente para que investigara la conducta de algún juez o magistrado federal; algún hecho o hechos que constituyeran la violación de alguna garantía individual; la violación del voto público o algún otro delito castigado por la ley federal.

14. La doctrina ha estimado que se trata de un simple procedimiento o no de un verdadero proceso, en cuanto la actividad encomendada debe versar sobre las violaciones de carácter constitucional y no respecto de cuestiones de simple legalidad cuyo esclarecimiento en materia penal

⁶ Cfr. Fix-Zamudio, Héctor, "Las responsabilidades de los servidores públicos en el derecho comparado", *Las responsabilidades de los servidores públicos*, México, Manuel Porrúa, 1984, pp. 59-117.

⁷ Cfr. Orozco Henríquez, José de Jesús, "Régimen constitucional de responsabilidades de los servidores públicos", en la obra citada en la nota anterior, pp. 109-129.

corresponde al Ministerio Público, dictamen que debe entregar a la autoridad que le hubiese solicitado la intervención, o bien a la competente para resolver el asunto, esto último en los casos en que discrecionalmente la Suprema Corte iniciara de oficio la tramitación.⁸

15. El procedimiento de investigación no se inspiró, como lo hacen otros instrumentos, en el derecho constitucional de los Estados Unidos, sino que es una creación original de la Carta Federal de 1917, pero inclusive sus antecedentes nacionales son bastante imprecisos,⁹ por lo que se ha dificultado el análisis de la estructura jurídica y las finalidades de la institución, pues lo único que resulta indiscutible es que el Constituyente de Querétaro pretendió establecer un procedimiento para garantizar el cumplimiento de algunas disposiciones de carácter constitucional por medio de la intervención de un organismo público imparcial.

16. Varios factores influyeron para que el funcionamiento de este procedimiento fuera esporádico y sus resultados poco satisfactorios, si se toma en cuenta, por una parte, que no se expidió la ley reglamentaria que determinara los alcances del referido texto fundamental y, por la otra, que en la mayor parte de los casos en que se ha solicitado la intervención de la Suprema Corte de Justicia, lo ha sido respecto a la violación del voto público, materia en la cual nuestro más alto tribunal se ha mostrado muy cauteloso por considerar que se trata de cuestiones esencialmente políticas.

17. Por medio de la reforma de diciembre de 1977 se agregó un nuevo párrafo, entonces cuarto, al mencionado artículo 97 constitucional y se modificó ligeramente el tercero, ya que se suprimió la referencia a la investigación de delitos federales. Después de los cambios posteriores

⁸ Cfr. Fix-Zamudio, Héctor, "La justicia constitucional en el ordenamiento mexicano", cit., *supra* nota 1, pp.137-139; Carpizo, Jorge, "La función de investigación de la Suprema Corte de Justicia", en su libro *Estudios constitucionales*, 5a. ed., México, Porrúa-UNAM, 1996, pp. 197-215.

⁹ Se señala como antecedente probable la averiguación que la Suprema Corte de Justicia ordenó practicar con motivo de los sucesos acaecidos en el puerto de Veracruz los días 24 y 25 de junio de 1879, en virtud de que el Gobernador de dicho Estado, el general Luis Mier y Terán, con el pretexto de una sublevación cívico militar, ordenó la detención y fusilamiento, sin juicio previo, de varias personas detenidas, pero debido a la intervención personal del juez de distrito Rafael de Zayas Enríquez, con motivo del juicio de amparo interpuesto por los familiares de las víctimas, logró salvar algunas de ellas. Cfr. Carpizo, Jorge, *op. ult. cit.*, pp. 200-205.

a dicho precepto, el anterior párrafo tercero quedó como segundo, y el introducido en 1977 es actualmente el tercero.

18. El nuevo párrafo, ahora tercero, amplió la atribución de la investigación de la Suprema Corte en materia electoral, en el sentido de que está facultada para practicar de oficio la averiguación de algún hecho o hechos que constituyan la violación del voto público, pero sólo en los casos en que a su juicio *podiera ponerse en duda la legalidad de todo el proceso de elección de alguno de los poderes de la Unión*. Se agrega que los resultados de la investigación se harían llegar a los órganos competentes.

19. Debemos destacar que dicho párrafo tercero del artículo constitucional debe considerarse una modificación muy desafortunada, ya que el ejercicio de dicha facultad sería inviable políticamente, pues aun cuando se traduce en un simple dictamen, se privaría de legitimidad a los titulares de alguno de los poderes de la Unión (Presidente de la República o los diputados y senadores del Congreso Federal), con mayor razón ahora que la declaración de los legisladores y del Jefe del Ejecutivo que resultaron electos la hace el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, de acuerdo con las reformas de 1993 y 1996.¹⁰ Resulta incomprensible que el órgano revisor de la Constitución (artículo 135 constitucional) no tomara en cuenta la experiencia histórica que se presentó en 1876, cuando el entonces Presidente de la Suprema Corte de Justicia, el destacado jurista y político José María Iglesias (quien según el artículo 79 de la Constitución de 1857, en su texto original, debería sustituir al Presidente de la República en su ausencia o renuncia), declaró de oficio la nulidad de las elecciones en las que Sebastián Lerdo de Tejada había resultado electo titular del Ejecutivo Federal, y se declaró Presidente en su lugar, con lo cual, y sin proponérselo, Iglesias colaboró indirectamente con el triunfo de la sublevación del general Porfirio Díaz, quien llegó a la presidencia por la fuerza de las armas.¹¹

¹⁰ Cfr. Carpizo, Jorge, Cossío Díaz, José Ramón y Fix-Zamudio, Héctor, "La jurisdicción constitucional en México", en la obra coordinada por Domingo García Belaúnde y Francisco Fernández Segado, *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*, Madrid, Dykinson, 1997, pp. 795-798.

¹¹ Cfr. Moctezuma Barragán, Javier, *José María Iglesias y la justicia electoral*, México, UNAM, 1994, pp. 34-40.

20. Recientemente esta institución tuvo una aislada pero significativa aplicación con motivo de los acontecimientos que se realizaron en 1995 en el Estado de Guerrero, cuya policía disparó contra campesinos desarmados en la población de Aguas Blancas, lo que prácticamente se tradujo en ejecuciones extrajudiciales. En respuesta a las propuestas de la oposición y de la opinión pública, el Presidente de la República solicitó a la Suprema Corte la investigación correspondiente que efectuaron dos miembros del máximo tribunal, quienes elaboraron un dictamen, aprobado por el Tribunal en pleno en abril de ese año, en el cual se estableció que el Gobierno del Estado tenía responsabilidad en los hechos, ya que alteró las pruebas de los mismos para dar la impresión de que se había tratado de un enfrentamiento armado. La petición del Presidente de la República tuvo el efecto indirecto de motivar la petición de licencia del Gobernador y el nombramiento de uno interino, pero en lo demás la opinión de la Suprema Corte no produjo otras consecuencias jurídicas ni políticas.¹²

C) *Las controversias constitucionales*

21. Esta garantía constitucional tiene su antecedente en la Constitución de los Estados Unidos (artículo III, sección 2),¹³ y se desarrolló de manera paulatina por conducto de los artículos 137, fracción I, de la Constitución

¹²La resolución de la Suprema Corte respecto a la solicitud del Presidente de la República, con el número 3/96, puede consultarse en el *Semanario Judicial de la Federación* y su *Gaceta*, novena época, tomo III, junio de 1996, pp. 460-513; Morineau, Martha, "Aguas Blancas. Estudio de un caso de aplicación del segundo párrafo del artículo 97 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos," *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 89, mayo-agosto de 1997, pp. 795-811.

¹³Dicho precepto dispone: "El poder judicial se extenderá de derecho y de equidad que dimanen de esta Constitución... a todas las controversias en que participaren los Estados Unidos; a la controversia entre uno o más Estados; entre un Estado y los ciudadanos de otros Estados..."

¹⁴Dicho precepto, que se refería a las atribuciones de la Corte Suprema de Justicia, estableció en su parte conducente: "Conocer de las diferencias que puede haber de uno a otro Estado, de la Federación siempre que las reduzca a un juicio verdaderamente contencioso en que deba recaer formal sentencia y de las que susciten entre un Estado y uno o más vecinos de otro..."

¹⁵El primer precepto dispuso, en sus fracciones III y IV, que correspondía a la Suprema Corte de Justicia el conocimiento de las controversias en que la Federación fuese parte; de las que suscitara entre dos o más Estados y de las que entablaran entre un Estado y uno o más vecinos de otros. El artículo 98 atribuía a la Suprema Corte de Justicia, desde la primera instancia, el conocimiento de las controversias suscitadas de un Estado contra otro y de aquellas en que

Federal de 1824,¹⁴ y 97 y 98 de la Carta de 1857.¹⁵ Esta institución fue consagrada en el artículo 105 original de la Constitución del 5 de febrero de 1917 y reglamentada por las diversas leyes orgánicas del Poder Judicial de la Federación y finalmente en los artículos 11, fracciones I a IV, de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación de 1988, anterior a la vigente, así como en los artículos 12 y 44, respectivamente, de las leyes de Coordinación Fiscal del 22 de diciembre de 1978, que entró en vigor el 1 de enero de 1980 y de Planeación del 5 de enero de 1983.¹⁶

22. De acuerdo con estos preceptos, se confería al Tribunal en pleno de la Suprema Corte de Justicia la facultad de resolver en única instancia las controversias a que se referían los preceptos anteriormente mencionados. Según las citadas fracciones del artículo 11 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación de 1988, el Tribunal en pleno era competente para conocer de los conflictos que podían suscitarse entre dos o más Estados; entre los poderes de una misma entidad federativa sobre la constitucionalidad de sus actos; de las controversias que se suscitaban por leyes o actos de la autoridad federal que vulneraran o restringieran la llamada soberanía de los Estados, o por leyes o actos de las autoridades de éstos que invadieran la esfera de la autoridad federal; de los que surgieran entre una entidad federativa y la Federación y finalmente aquellos en los que Federación fuese parte, cuando a juicio del mismo Tribunal en pleno se considerasen de importancia trascendente para los intereses de la nación, oyendo el parecer del Procurador General de la República.

23. Este instrumento procesal tenía por objeto garantizar el equilibrio de las facultades de la Federación y de las entidades federativas señaladas en la Carta Federal. Durante la etapa que va de 1917 a diciembre de 1994 en que se reformó y adicionó sustancialmente, como se verá más adelante (véase *infra* párrafo 29), dicho precepto apenas se aplicó, ya que cuando se produjeron diferencias de carácter jurídico, en especial entre el Gobierno Federal y el de alguno de los Estados, se resolvieron de manera predominante por medio de procedimientos y por órganos de carácter político.

la Unión fuese parte. Cfr. Ruiz, Eduardo, *Derecho constitucional*, cit., *supra* nota 3, pp. 332-339.

¹⁶ Cfr. Fix-Zamudio, Héctor, "La justicia constitucional en el ordenamiento mexicano", cit., *supra* nota 1, pp. 134-137.

24. En su mayor parte estos litigios jurídicos se decidieron por medio de un instrumento denominado “desaparición de poderes” previsto por el artículo 76, fracción V, de la Constitución Federal, y que se atribuye al Senado de la República. Este procedimiento es equivalente a la institución regulada por las Cartas de otros ordenamientos latinoamericanos de carácter federal, como las leyes fundamentales de Argentina y Brasil (artículos 60. y 34 a 36, respectivamente), con la denominación de “intervención federal”. Las decisiones que al respeto adoptó el Senado federal fueron en perjuicio de los Estados, los que poseen menor fuerza política frente a las autoridades de la Federación, con lo cual se favoreció la centralización en los regímenes federales de nuestra época, en particular los latinoamericanos.¹⁷

25. Debido a las frecuentes críticas que se dirigieron contra ese procedimiento de desaparición de poderes, que afortunadamente ya no se ha utilizado desde hace varios años, pero que se empleó con alguna frecuencia en el pasado, se intentó una reglamentación por medio de la Ley del 27 de diciembre de 1978, la que tampoco limitó de manera adecuada las amplias facultades discrecionales del Senado federal.¹⁸

26. Con excepción de los conflictos en que la Federación figuraba como parte, que sí tuvieron realización en la práctica,¹⁹ pero que en estricto sentido no eran ni son controversias constitucionales, sino de naturaleza ordinaria federal, como se estableció con claridad en la reforma de 1995, en la que se introdujo una nueva disposición, en la fracción III del artículo 105 de la Carta Federal, de acuerdo con la cual “De oficio o a petición fundada del correspondiente Tribunal Unitario de Circuito o del Procurador General de la República, la Suprema Corte podrá conocer de los recursos de apelación en contra de sentencias de Jueces de Distrito dictadas en aquellos procesos en que la Federación sea parte y que por su

¹⁷ Cfr. González Oropeza, Manuel, *La intervención federal en la desaparición de poderes*, México, UNAM, 1983, especialmente pp. 159-972.

¹⁸ Cfr. Carpizo, Jorge, “Ley Reglamentaria de la Fracción V del Artículo 76 de la Constitución General de la República”, *Estudios constitucionales*, cit., *supra* nota 8, pp. 407-411.

¹⁹ Cfr. Fix-Zamudio, Héctor, “Las garantías constitucionales en el derecho mexicano”, *Anuario Jurídico III-IV, 1976-1977*, México, UNAM, 1977, pp. 96-99.

interés y trascendencia así lo ameriten”,²⁰ puede afirmarse que durante la vigencia del texto original del artículo 105 mencionado, las controversias constitucionales se utilizaron sólo de manera excepcional. En efecto, una controversia constitucional planteada y resuelta en cuanto al fondo por la Suprema Corte de Justicia durante esa época fue conocida con el nombre “Caso Oaxaca”, que decidió el Tribunal en pleno de la Suprema Corte de Justicia los días 3 y 7 de diciembre de 1932, con motivo del conflicto jurídico promovido por el Procurador General de la República en representación del Gobierno Federal para solicitar la nulidad de la Ley de Dominio y Jurisdicción de Monumentos Arqueológicos expedida²¹ por el Gobierno del Estado de Oaxaca el 13 de febrero del mismo año. La Suprema Corte consideró que dicho ordenamiento local invadía las facultades exclusivas de la Federación y lo declaró inconstitucional con efectos generales, después de un largo debate y con varios votos particulares de disidencia.

27. No obstante que en las mencionadas leyes de Coordinación Fiscal y de Planeación (véase *supra* párrafo 21) se hizo el intento de revivir dicho instrumento de protección, en sus respectivas materias, de las normas constitucionales que regulan las competencias de la Federación y de los Estados, no se presentaron entonces, ni tampoco hasta la fecha, litigios de esta naturaleza ante la Suprema Corte de Justicia, por lo que podía afirmarse en esa época que dicha garantía constitucional había caído en desuso.²² En la reforma constitucional al propio artículo 105, publicada el 25 de octubre de 1993, se agregó al Distrito Federal entre las entidades que podían promover controversias constitucionales, las que también

²⁰ Cfr. Burgoa Orihuela, Ignacio, “¿Cuándo la Federación es parte en una controversia?”, *Lex*, México, octubre de 1995, pp. 10-13.

²¹ Dicho fallo puede consultarse en el *Suplemento del Semanario Judicial de la Federación*, núm. 33, publicado en febrero de 1933, pp. 144-190, y los votos de disidencia, pp. 190-223.

²² Cfr. Fix-Zamudio, Héctor, “La justicia constitucional en el ordenamiento mexicano”, cit., *supra* nota 1, pp. 134-137. Por otra parte, en el artículo 10, fracción X, de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación vigente, en mayo de 1995, establece que corresponde al pleno de la Suprema Corte de Justicia conocer “De los juicios de anulación de la declaratoria de exclusión de los Estados del Sistema Nacional de Coordinación Fiscal, y de los juicios sobre cumplimiento de los convenios de coordinación celebrados por el Gobierno Federal con los Gobiernos de los Estados o del Distrito Federal, de acuerdo con lo establecido por la Ley de Coordinación Fiscal, en términos de o dispuesto por la Ley Reglamentaria del artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en lo que hace a las controversias constitucionales”.

procedían respecto de los órganos de gobierno del mismo Distrito Federal.

28. Pocos meses antes de la sustancial modificación al mencionado artículo 105 constitucional, en diciembre de 1994, que mencionaremos en el párrafo siguiente, algunos municipios plantearon controversias constitucionales contra los gobiernos de sus respectivas entidades federativas. La Suprema Corte aceptó y resolvió algunas de ellas, con mayor razón, al introducirse expresamente a los municipios como entidades legitimadas para promover dichas controversias, ya que éstas se acrecentaron respecto de los mismos.²³

29. En la reforma constitucional publicada el 31 de diciembre de 1994 se introdujeron importantes modificaciones al texto anterior del citado artículo 105, pues además de ampliar de manera considerable el ámbito de las citadas controversias constitucionales, comprendidas en la fracción I del mismo precepto, se adicionó una fracción II, en la cual se reguló, como una novedad, la que podemos calificar como “acción abstracta de inconstitucionalidad”, que examinaremos más adelante (véase *infra* párrafos 64 y ss.).²⁴

30. Las posibilidades de las controversias previstas en ese texto reformado, de acuerdo con las acertadas reflexiones del distinguido tratadista mexicano José Ramón Cossío,²⁵ pueden comprender tres supuestos. En primer lugar, los conflictos entre diversos órdenes jurídicos con motivo de la constitucionalidad o legalidad de una norma general o de un acto,

²³ Cfr. Cárdenas Gracia, Jaime, “El municipio en las controversias constitucionales”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 86, mayo-agosto de 1996, pp. 447-466.

²⁴ Cfr. Carpizo, Jorge, Cossío Díaz, José Ramón, y Fix-Zamudio, Héctor, “La jurisdicción constitucional en México”, cit., *supra* nota 10, pp. 771-775; Arteaga Nava, Elisur, “Las nuevas facultades de la Suprema Corte de Justicia de la Nación”, en la obra coordinada por Mario Melgar Adalid, *Reformas al poder judicial*, México, UNAM, 1995, pp. 71-94; García Castillo, Tonatiuh, *La defensa de la Constitución, El artículo 105 y el juicio constitucional*, México, Editorial ASBE, 1997, pp. 115-121; Sánchez Cordero de García Villegas, Olga, “El artículo 105 constitucional y sus reformas”, en el diario *Excélsior*, México, 1 a 5 de octubre de 1997, primera sección; Fix Fierro, Héctor, “La defensa de la constitucionalidad en la reforma judicial de 1994”, *La reforma constitucional en México y Argentina*, México, UNAM-Corte de Constitucionalidad y Procurador de Derechos Humanos de Guatemala, 1996, pp. 41-57; Cossío Díaz, José Ramón y Pérez de Acha, Luis Manuel, “Análisis comparativo entre las controversias constitucionales y las acciones de inconstitucionalidad”, en la obra coordinada por los mismos autores, *La defensa de la Constitución*, México, Fontamara, 1996.

²⁵ “Artículo 105”, en la obra *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Comentada*, 9a. ed., México, Porrúa-UNAM, 1997, tomo II, pp. 1059-1067.

como acontece cuando controvierten la Federación y un Estado y el Distrito Federal; el Distrito Federal y un municipio y dos municipios de diversos Estados (incisos b, e, f y g de la citada fracción II). En segundo término, aquellos entre los órganos de diversos órdenes jurídicos por la constitucionalidad o la legalidad de normas generales o de actos, es decir, los surgidos entre el Poder Ejecutivo y el Congreso de la Unión, aquél y cualquiera de las Cámaras de éste o, en su caso, la Comisión Permanente, sea como órgano federal o del Distrito Federal, o entre un Estado y un municipio perteneciente a un Estado distinto (incisos c y j). Finalmente, también existen conflictos entre órganos pertenecientes a un mismo orden jurídico, cuando se plantee exclusivamente la constitucionalidad de las normas generales o de los actos entre dos poderes de un Estado, de un Estado y uno de sus propios municipios o entre dos órganos del Distrito Federal (incisos h, i y k).

31. La determinación de las entidades públicas legitimadas de manera activa o pasiva en lo que se refiere a las controversias constitucionales está regulada por el artículo 10 de la citada Ley Reglamentaria, el cual dispone que será actor aquel que promueva la controversia, en demanda dirigida contra quien "...hubiera emitido y promulgado la norma general o pronunciado el acto que sea objeto de la controversia" y tercero perjudicado (en realidad, interesado), "el orden u órgano que pudiera resultar afectado con la sentencia". Además el apartado A del artículo 102 constitucional dispone que el Procurador General de la República deberá intervenir en todas estas controversias a efecto de representar el interés social y debe entenderse que lo hace para la defensa del orden constitucional.

32. De acuerdo con lo dispuesto por el precepto constitucional, las controversias constitucionales pueden referirse a actos concretos o bien a disposiciones normativas generales de cualquier naturaleza, por lo que la frase "disposiciones generales" establecida por el propio precepto debe entenderse en sentido material, es decir, que comprende leyes, reglamentos y tratados internacionales, e inclusive preceptos constitucionales, pero en este último supuesto sólo por violaciones de carácter estrictamente formal.²⁶

²⁶ Así se ha consagrado en varios ordenamientos latinoamericanos. Como ejemplo podemos citar la acción constitucional colombiana, que desde la Constitución anterior de 1886, reformada en 1910, y por supuesto en la actual de 1991, que en su artículo 241, fracción I, dispone que a la Corte Constitucional se le confía la guardia de la integridad y supremacía de la Constitución,

33. El conocimiento y resolución de las controversias constitucionales corresponde a la Suprema Corte de Justicia en pleno de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 10, fracción I, de la vigente Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, de mayo de 1995. Dichas controversias se tramitan por conducto de un procedimiento específico que está regulado por los artículos 12 a 50 de la Ley Reglamentaria respectiva.²⁷ Lo anterior constituye un adelanto respecto de la regulación anterior de este instrumento, toda vez que en ralción con tales controversias no existía una tramitación especial, por lo que en las escasas oportunidades en que se plantearon dichos conflictos, la Suprema Corte aplicó las disposiciones del Código Federal de Procedimientos Civiles.²⁸

34. Por lo que se refiere a los fallos que declaren la inconstitucionalidad de normas generales, tanto el artículo 105, fracción I, de la Constitución Federal como el 42 de la Ley Reglamentaria establecen una situación peculiar, ya que tratándose de resolución de controversias que versen

de acuerdo con las funciones respectivas, entre las cuales se encuentra la de "decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que promuevan los ciudadanos contra los actos (legislativos) reformatorios de la Constitución, cualquiera que sea su origen, sólo por vicios de procedimiento en su formación". Cfr. para el desarrollo de esta institución en el ordenamiento anterior, Fix-Zamudio, Héctor, *La protección jurídica y procesal de los derechos humanos ante las jurisdicciones nacionales*, Madrid, UNAM-Civitas, 1982, pp. 136-138; respecto de la regulación actual, Sáchica, Luis Carlos, *Nuevo constitucionalismo colombiano*, 10a. ed., Santa Fe de Bogotá, Temis, 1992, pp. 323-324; Henao Hidrón, Javier, *Panorama del derecho constitucional colombiano*, 8a. ed., Santa Fe de Bogotá, Temis, 1992, pp. 291-292.

²⁷ Cfr. Castro, Juventino, V., *El artículo 105 constitucional*, México, Porrúa, 1997, pp. 55-111.

²⁸ Al respecto, la parte relativa de la exposición de motivos de la iniciativa presidencial que sirvió de base para las reformas constitucionales de diciembre de 1994, estableció: "Por las dificultades técnicas que implicará el artículo 105 constitucional de aprobarse la presente iniciativa será necesaria la promulgación de la correspondiente ley reglamentaria. Los complejos problemas técnicos que habrán de ser materia de los procesos previstos en dicha norma constitucional no pueden seguirse tramitando conforme a las disposiciones del Código Federal de Procedimientos Civiles, ordenamiento formulado para resolver, en principio, litigios entre particulares. De ahí que la reforma prevea la conveniencia de que sea una ley reglamentaria de esta disposición constitucional la que preceptúe su cabal aplicación". El artículo 1o. de la citada Ley Reglamentaria establece que "A falta de disposición expresa se estará a las prevenciones del Código Federal de Procedimientos Civiles". Esto significa que este ordenamiento es supletorio en la tramitación tanto de las controversias constitucionales como de las acciones abstractas de inconstitucionalidad.

sobre disposiciones generales de los Estados o de los Municipios impugnadas por la Federación o impugnadas por los Estados, o en los casos a que se refieren los incisos c), h) y k) de la citada fracción I del precepto constitucional,²⁹ la resolución respectiva tendrá también efectos generales únicamente cuando *hubiese sido aprobada por una mayoría de por lo menos ocho votos*. En todos los demás casos, por ejemplo cuando un Estado o un municipio impugnen una norma federal, la resolución tendrá sólo efectos entre las partes.³⁰

35. El problema es de mayor profundidad, ya que el criterio de sujetar los efectos generales de una sentencia de inconstitucionalidad que se refiere a la invalidez de disposiciones también generales, a una votación calificada, además en un porcentaje tan alto, como lo es de ocho votos frente a 11 magistrados, nos parece un error grave que sin duda afectará la eficacia de este instrumento de garantía constitucional. En efecto, en una materia tan compleja como lo es una controversia sobre la constitucionalidad de normas generales, no se debe exigir una votación calificada. El ejemplo comparativo que conocemos se refiere a lo dispuesto por las Leyes Orgánicas, del 19 mayo de 1992, del Tribunal de Garantías Constitucionales establecido por la Constitución peruana de 1979 (de cinco votos sobre siete), y del 23 de diciembre de 1994, publicada el 10 de enero de 1994, que regula al Tribunal Constitucional de la Ley Fundamental peruana de 1993 (seis votos sobre siete).³¹

²⁹ Dichas disposiciones se refieren a los conflictos de atribución, es decir, entre el Poder Ejecutivo y el Congreso de la Unión, entre aquél y cualquiera de las Cámaras de éste, o, en su caso, la Comisión Permanente, sean como órganos federales o del Distrito Federal; entre dos poderes de un mismo Estado o entre dos órganos de gobierno del Distrito Federal, en ambos casos sobre la constitucional de sus actos o disposiciones generales.

³⁰ Cfr. Cossío, José Ramón, "El artículo 105", cit., *supra* nota 25, pp. 1063-1064.

³¹ Respecto de la escasa actuación de ambos tribunales, cfr. Eguiguren Praeli, José, "Diez años de régimen constitucional en el Perú: 1980-1990", *Los retos de la democracia insuficiente*, Lima, Comisión Andina de Juristas, 1990, pp. 66 y ss.; *idem*, "El Tribunal de Garantías Constitucionales, las limitaciones del modelo y las decepciones de la realidad", *Lecturas sobre temas constitucionales*, núm. 7, Lima, Comisión Andina de Juristas, 1991, pp. 48-58; Valle Riestra, Javier, "El fracaso de la Constitución", *Lecturas constitucionales andinas*, Lima, Comisión Andina de Juristas, 1992, pp. 20-23; Borea Odría, Alberto, *Las garantías constitucionales; hábeas corpus y amparo*, Lima, Libros Peruanos, 1992, pp. 407-425; Abad Yupanqui, Samuel, "La jurisdicción constitucional en la Carta peruana de 1993: antecedentes, balances y perspectivas", *Una mirada a los Tribunales Constitucionales. Las experiencias recientes*, Lima, Comisión Andina de Juristas-Konrad Adenauer Stiftung, 1995, pp. 192-198 y 210-222; García Belaúnde, Domingo, "Garantías constitucionales en la Constitución Peruana de 1993" y Danós Ordóñez, Jorge, "Aspectos orgánicos del Tribunal

36. Contrariamente a lo que ocurrió con las controversias constitucionales durante la vigencia del texto constitucional de 1917, que tuvieron escasa aplicación práctica ya que sólo una se resolvió respecto del fondo por medio de la declaración de inconstitucionalidad de un ordenamiento legislativo (véase *supra* párrafo 26), en el escaso tiempo en que han tenido vigencia las reformas constitucionales y legales de 1995, es decir, entre febrero de ese año hasta septiembre de 1997, se han promovido 116 controversias constitucionales (frente a 55 interpuestas entre 1917 y 1994), y la Suprema Corte ha pronunciado 20 decisiones de fondo y de procedimiento, la mayoría de ellas formuladas por autoridades municipales contra los gobiernos de los Estados.³²

37. Una de las controversias constitucionales que tuvo amplia repercusión fue la 11/95, promovida por el Gobernador y otros funcionarios del Estado de Tabasco en contra del Presidente y el Procurador General de la República, en la cual los demandantes estimaron que las averiguaciones previas iniciadas por el citado Procurador General constituían una invasión a la órbita de competencia de dicha Entidad Federativa, ya que en su concepto la indagación de los hechos competía en exclusiva a las autoridades locales. La Suprema Corte, en su sentencia del 26 de marzo de 1996, decidió, por unanimidad de 11 votos, que no existía la invasión de competencias reclamada.³³

D) *El juicio de amparo*

38. El juicio de amparo mexicano es una institución sumamente compleja que a partir de la segunda mitad del siglo XIX, con posterioridad

Constitucional", *La Constitución de 1993. Análisis y comentarios*, Lima, Comisión Andina de Juristas, 1994, pp. 253-264, y 283-296, respectivamente; Revoredo Marsano de Mur, Delia, "Los retos actuales del Tribunal Constitucional", *La Constitución de 1993. Análisis y comentarios III*, Lima, Comisión Andina de Juristas-Konrad Adenauer Stiftung, 1996, pp. 153-158.

³² Cfr. Fix Fierro, Héctor, "Judicial Reform and the Supreme Court of Mexico", en prensa *United States-Mexico Law Journal*, Albuquerque, vol. 7, primavera de 1998, pp. 17-20, del ejemplar mecanografiado.

³³ Sentencia publicada en el *Semanario Judicial de la Federación* y su *Gaceta*, novena época, tomo III, mayo de 1996, pp. 362 y ss.

a su consagración definitiva en los artículos 101 y 102 de la Constitución Federal de 1857 (con las etapas previas de la Constitución yucateca de 1841 y el Acta de Reformas de 1847), experimentó una evolución por medio de la cual se incorporaron a los propósitos originales de la protección de los derechos fundamentales de los particulares contra los actos o disposiciones legislativas de cualquier autoridad, otras instituciones relativas a la tutela de los propios particulares pero frente actos y resoluciones con fundamento en disposiciones legales ordinarias.

39. Nos encontramos en los umbrales del siglo XXI, y en forma muy esquemática podemos afirmar que nuestro derecho de amparo se ha transformado notablemente a partir del texto original de los artículos 103 y 107 de la Constitución Federal. Han sido numerosas las adiciones, modificaciones y reformas que se han realizado a dichos preceptos fundamentales y a otras normas constitucionales relacionadas con ellos, con el propósito de perfeccionar la legislación de amparo, lo que no siempre se ha logrado, pero en todo caso se puede señalar que, así sea parcialmente, se ha adecuado la propia legislación a los cambios acelerados que se han producido en estas ocho décadas.

40. Entre las reformas que también se han reflejado en cambios en la legislación reglamentaria (las Leyes de Amparo de 1919 y la actual, con numerosas reformas, que entró en vigor en enero de 1936), se pueden mencionar: a) las de 1928 y 1934, que dividieron en cuatro salas especializadas a la Suprema Corte de Justicia (Penal, Administrativa, Civil y Laboral), para el conocimiento en última instancia de todos los juicios de amparo promovidos en el ordenamiento mexicano; b) la de 1951, que creó los tribunales colegiados de circuito para auxiliar a la misma Suprema Corte de la creciente carga de la resolución de los juicios de amparo; c) la de 1968, que dividió el conocimiento del juicio de amparo para encomendar a los citados tribunales colegiados la resolución de los amparos que se consideraron de menor importancia jurídica, económica o social; d) la de 1988, que encomendó a la Suprema Corte el conocimiento de los juicios de amparo en segunda instancia en los cuales se planteara la inconstitucionalidad directa de actos o disposiciones legislativas, y se remitió a los referidos tribunales colegiados todos los juicios en los cuales se reclamaran violaciones de simple legalidad, y finalmente e) la de 1995, que vigorizó el carácter tribunal constitucional de la Suprema Corte de Justicia, al modificar su estructura y funcionamiento, e introdujo algunas

modalidades procesales especialmente en cuanto a la ejecución de las sentencias de amparo, disposiciones que todavía no han sido reguladas por la ley de la materia.³⁴

41. No obstante que el camino recorrido ha sido intenso, todavía nos falta bastante por avanzar si se toma en consideración que el derecho de amparo ha rebasado ampliamente los objetivos iniciales que motivaron su consagración en los mencionados preceptos de la Carta Federal de 1857, en los cuales se pretendió establecer un procedimiento de carácter estrictamente constitucional para la tutela de los derechos humanos, entonces de carácter individual (garantías individuales), y estaba muy lejos de este objetivo establecer un control de legalidad de las resoluciones judiciales y de los actos administrativos de todo el país. Sin embargo, la Suprema Corte de Justicia, a partir de su decisión del 29 de abril de 1869 en el caso Miguel Vega, admitió la procedencia del amparo contra resoluciones judiciales aun cuando en ellas se discutiera la aplicación de disposiciones legales ordinarias, inclusive contra el texto expreso del artículo 8o. de la Ley de Amparo del 20 de enero de ese mismo año, que prohibía expresamente interponer el juicio de amparo contra resoluciones judiciales, precepto que la Corte consideró implícitamente inconstitucional.³⁵

42. Se incorporó desde entonces el recurso de casación federal dentro del juicio de amparo, con lo cual se concentraron todos los asuntos judiciales civiles y penales del país en la Suprema Corte de Justicia por conducto de un sector denominado "amparo-casación".³⁶ En el texto

³⁴ Cfr. Fix-Zamudio, Héctor, "Setenta y cinco años de evolución del Poder Judicial en México", en la obra *75 años de Revolución. Política II*, México, INEHRM-FCE, 1988, pp. 269-364; *idem*, "La justicia constitucional en el ordenamiento mexicano", cit., *supra* nota 1, pp. 139-152.

³⁵ La importancia de esta resolución del 29 de abril de 1869 fue comentada tanto por tratadistas clásicos como contemporáneos, y entre ellos podemos citar a Vallarta, Ignacio Luis, *El juicio de amparo y el writ of habeas corpus. Ensayo crítico comparativo sobre estos recursos constitucionales*, aparecido primeramente en México, Imprenta de F. Díaz de León, 1881, edición de 1896, Imprenta de J. J. Terrazas, pp. 134-135; Moreno Cora, Silvestre, *Tratado del juicio de amparo conforme a las sentencias de los tribunales*, México, Tipográfica La Europea, 1902, pp. 782-783; Carrillo Flores, Antonio, "Reflexiones con motivo del sesquicentenario de la Suprema Corte de Justicia", en su libro *La Constitución, la Suprema Corte y los derechos humanos*, México, Porrúa, 1981, pp. 119-121.

³⁶ Cfr. Fix-Zamudio, Héctor, "Presente y futuro de la casación civil a través del juicio de amparo mexicano", en su libro *Ensayos sobre el derecho de amparo*, México, UNAM, 1993, pp. 197-234.

original del artículo 107 de la Constitución Federal de 1917, además de haberse reconocido expresamente la procedencia del amparo judicial en el artículo 14 constitucional, se estableció el amparo de una sola instancia contra las sentencias definitivas de todos los tribunales (y en las reformas de 1988, se extendió también a las resoluciones que ponen fin al juicio), si bien algunas otras decisiones judiciales se conservan todavía dentro del amparo de doble instancia.

43. Dicho amparo judicial o amparo-casación se ha extendido no sólo numéricamente sino también en cuanto a su contenido, primero en materia laboral, si se toma en cuenta que al crearse la Sala del Trabajo en la reforma constitucional de 1934 se introdujo el amparo judicial contra las decisiones de las Juntas de Conciliación y Arbitraje que se califican como “laudos” (no obstante que son verdaderas sentencias judiciales);³⁷ en 1968 se estableció el amparo de una sola instancia contra las resoluciones de los tribunales administrativos con autonomía para dictar sus fallos, los que han crecido sustancialmente de acuerdo con el modelo del Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Distrito Federal, creado en 1971, y se ha extendido en numerosas entidades federativas.³⁸ Finalmente, también se incorporó la materia agraria al sector del amparo judicial, por reforma del 6 de enero de 1992 al artículo 27 constitucional, y las Leyes, Agraria y Orgánica de los Tribunales Agrarios, de febrero del mismo año, ordenamientos que crearon los tribunales federales especializados, integrados por el Tribunal Superior Agrario y los Tribunales Unitarios Agrarios, estos últimos distribuidos en diversas regiones del país.³⁹

³⁷ Cfr. Fix-Zamudio, Héctor, “El juicio de amparo en materia de trabajo”, en su libro citado en la nota anterior, pp. 305-307.

³⁸ Cfr. el extenso análisis que sobre estos tribunales realiza González Pérez, Jesús, *Derecho procesal administrativo mexicano*, 2a. ed., con la colaboración de José Luis Vázquez Alfaro, México, Porrúa-UNAM, 1997, pp. 349-1153; Vázquez Alfaro, José Luis, *Evolución y perspectiva de los órganos de jurisdicción administrativa en el ordenamiento mexicano*, México, UNAM, 1991, pp. 155-279; *idem*, *El control de la administración pública en México*, México, UNAM, 1996, pp. 157-242.

³⁹ Cfr. Guerra Aguilera, José Carlos, *Ley Agraria. Sección procesal comentada*, México, Editorial Pac, 1992; García Ramírez, Sergio, *Elementos de derecho procesal agrario*, México, Porrúa, 1993; *La justicia agraria*, México, Impresos Chávez, 1995; Ponce de León Armenta, Luis, *La nueva jurisprudencia agraria sistematizada*, México, Porrúa, 1996.

44. Además del amparo-casación, podemos afirmar que el juicio de amparo ha incorporado varios instrumentos procesales que en otros ordenamientos, inclusive los latinoamericanos, se regulan de manera independiente al derecho de amparo en sentido estricto. En efecto, desde sus inicios ha formado parte de esta institución lo que en los restantes ordenamientos latinoamericanos se conoce con el nombre de hábeas corpus o “exhibición personal”, el que, de acuerdo con sus antecedentes ingleses, tutela los derechos de libertad e integridad personal contra sus afectaciones realizadas esencialmente por autoridades administrativas (policía y ministerio público), sector que hemos calificado como “amparo-hábeas corpus” o “amparo de la libertad personal”.⁴⁰

45. También forma parte del derecho mexicano la impugnación de las disposiciones legislativas en sentido material (leyes, reglamentos y tratados internacionales) que se consideran inconstitucionales, por conducto del llamado “amparo contra leyes”, que comprende tanto el ataque directo de las normas mencionadas (acción de inconstitucionalidad), como su reclamación por medio de una sentencia judicial, en la que la cuestión de inconstitucionalidad constituye un aspecto incidental respecto del fondo del proceso ordinario (recurso de inconstitucionalidad).⁴¹

46. Un sector peculiar de nuestro derecho de amparo lo ha sido el que se estableció por medio de la reforma constitucional de 1962 al artículo 107, fracción II, de la Carta Federal y de varias modificaciones a la Ley de Amparo que entraron en vigor el 5 de febrero de 1963, con objeto de introducir un régimen tutelar de los derechos de los campesinos sujetos a la reforma agraria (ejidatarios, comuneros y sus respectivos núcleos de población), otorgándoles ventajas procesales frente a las autoridades federales agrarias, pero a los propietarios agrícolas, inclusive los pequeños, se les aplicaban las disposiciones relativas al amparo administrativo. Por este motivo, este sector se calificó como “amparo social agrario”. Con un criterio demagógico, ya que no existía un motivo razonable para hacerlo,

⁴⁰ Cfr. Fix-Zamudio, Héctor, *La protección jurídica y procesal de los derechos humanos ante las jurisdicciones nacionales*, cit., *supra* nota 26, pp. 121-126.

⁴¹ Cfr. Azuela Rivera, Mariano, “Aportación al estudio del amparo contra leyes”, *Revista Jurídica Veracruzana*, Jalapa, 1957, pp. 7-43; Fix-Zamudio, Héctor, “Algunos problemas que plantea el amparo contra leyes”, en su obra *El juicio de amparo*, México, Porrúa, 1964, pp. 167-194; Aguilar Álvarez y de Alba, Ernesto, *El amparo contra leyes*, México, Trillas, 1989.

en las reformas promulgadas el 28 de mayo de 1976 se dividió la Ley de Amparo en dos libros que antes no existían, el primero sobre el amparo en general y el segundo, de muy pocos artículos, que comprende el citado amparo agrario; la separación fue ostensiblemente desproporcionada. Con motivo de las reformas sustanciales al artículo 27 constitucional de enero de 1992, que incluyeron la creación de los tribunales federales agrarios⁴² (véase *supra* párrafo 43), el procedimiento de doble instancia en materia agraria ha quedado reducido a su mínima expresión y con la posibilidad de desaparecer.

47. Finalmente todavía subsiste, aun cuando cada vez más reducido, un aspecto del derecho de amparo que se puede calificar como “amparo de lo contencioso-administrativo”, y que consiste en la impugnación por medio del procedimiento de doble instancia, de los actos y resoluciones de las autoridades administrativas federales o locales, que no admiten ser combatidas ante los tribunales de lo contencioso administrativo (que incluyen también al Tribunal Fiscal de la Federación), pero con la creciente ampliación de dichos tribunales (véase *supra* párrafo 43) es cada vez más reducido este tipo de amparo, ya que la mayoría de los actos y resoluciones de la administración pública se combaten primero ante los referidos tribunales de lo contencioso administrativo, y una vez resueltos por éstos, se puede interponer el amparo de una sola instancia, o judicial.⁴³

48. Podemos entonces considerar que bajo la apariencia de una institución unitaria, pero con dos procedimientos (amparo de una sola o de doble instancia), el amparo mexicano comprende cinco instrumentos: a) amparo hábeas corpus o de la libertad; b) amparo contra leyes; c) amparo judicial o amparo-casación; d) amparo de lo contencioso administrativo, y e) amparo social agrario. Los tres primeros sectores han conservado y acrecentado su trascendencia, pero los dos últimos tienden a desaparecer, como se ha dicho.⁴⁴

⁴² Cfr. Fix-Zamudio, Héctor, “El juicio de amparo en materia agraria”, en su libro *Ensayos sobre el derecho de amparo*, cit., *supra* nota 36, pp. 271-294.

⁴³ El ilustre jurista mexicano Carrillo Flores, Antonio, lo expone en su obra clásica *La defensa jurídica de los particulares frente a la administración en México*, México, Porrúa, 1939, pp. 239-253, y lo reitera en su estudio posterior, *La justicia federal y la administración pública*, México, Porrúa, 1973, pp. 233-250, señalando la conveniencia de sustraer la impugnación directa de los actos y resoluciones administrativas de los jueces de amparo y someterlas primeramente a tribunales especializados, lo que ya se está realizando.

⁴⁴ Cfr. Fix-Zamudio, Héctor, “Breve introducción al juicio de amparo mexicano”, en su libro *Ensayos sobre el derecho de amparo*, cit., *supra* nota 36, pp. 30-47.

49. Pero además de la complejidad procesal anterior, existe otra división que también se ha acentuado en los últimos años, en particular con posterioridad a las reformas constitucionales y legales de 1988 y 1995, es decir entre el control de la *legalidad* y el de la *constitucionalidad* pues en tanto que el amparo contra actos o disposiciones directamente constitucionales se confirió a la Suprema Corte de Justicia, la impugnación de actos o resoluciones en los cuales se apliquen disposiciones legales ordinarias, se trasladó a los tribunales colegiados de circuito.

50. De manera muy esquemática podemos sostener que la Ley de Amparo del 10 de enero de 1936 ha experimentado numerosas reformas que la han actualizado de acuerdo con los avances de la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia, pero no todas han sido afortunadas desde el punto de la técnica jurídica, lo que han hecho difícil su aplicación en la actualidad. Y por lo que respecta a la reforma constitucional de diciembre de 1994, ésta no introdujo modificaciones sustanciales en el artículo 107 de la Carta Federal, sino algunas que podemos considerar secundarias ya que se refieren a la tramitación, y por ello no consideramos útil su análisis en este trabajo, por lo que únicamente comentaremos los preceptos que adicionaron la fracción XVI de dicho artículo 107, precepto que se refiere al cumplimiento de las sentencias que han otorgado la protección federal. En el primer párrafo de dicha norma fundamental se hizo la distinción entre el incumplimiento “inexcusable” y el “excusable” por parte de la autoridad que debe cumplir el fallo, cuando insistiere en la repetición del acto reclamado o tratare de eludir la sentencia respectiva, distinción que antes no existía.

51. Cuando la Suprema Corte considera el citado incumplimiento dentro de la primera categoría, la autoridad debe ser destituida de inmediato y consignada penalmente ante un juez federal. Si por el contrario, el más alto tribunal del país estima que la conducta de la autoridad remisa es “excusable”, la Suprema Corte debe requerir a la responsable y otorgarle un plazo prudente para que ejecute la sentencia. Cuando la autoridad no cumple el fallo en dicho plazo, la Corte debe proceder en los términos antes señalados.

52. Se adicionaron dos nuevos párrafos a dicha fracción XVI del artículo 107 constitucional. En el primero (segundo de dicha fracción XVI) se consagra la tendencia que se inició con la reforma al artículo 105 de la Ley de Amparo, del 29 de diciembre de 1979, en la cual se admite que

el quejoso pueda solicitar al juez federal la ejecución del fallo protector mediante el pago de los daños y perjuicios que hubiese sufrido, y dicho juez, después de oír incidentalmente a las partes interesadas, debe resolver lo conducente y, si procede, establecer la forma y cuantía de la restitución, así como un plazo para el debido acatamiento del fallo.⁴⁵ En efecto, en el nuevo precepto constitucional se dispone que la Suprema Corte, cuando la naturaleza del acto lo permite y una vez que hubiese determinado el incumplimiento o repetición del acto reclamado, podrá disponer de oficio el cumplimiento sustituto de las sentencias de amparo cuando su ejecución afecte gravemente a la sociedad o a terceros en mayor proporción que los beneficios económicos que pudiera obtener el quejoso. Además faculta a éste para que solicite ante el órgano que corresponda el cumplimiento sustituto de la sentencia de amparo, también cuando la naturaleza del acto lo permite.

53. Estas nuevas disposiciones sobre la ejecución de las sentencias de amparo son adecuadas si se toma en consideración que dicho cumplimiento ha constituido uno de los aspectos de mayor dificultad en la legislación de amparo mexicana, en virtud que en numerosos ordenamientos es complicada la ejecución de fallos que condenan a las autoridades públicas, especialmente las administrativas (ya que las sentencias de amparo contra resoluciones judiciales son cumplidas normalmente por los jueces y tribunales contra las cuales se otorgó la protección).⁴⁶ Sin embargo, estas disposiciones todavía no han sido aplicadas debido a que el artículo 9o. transitorio del decreto legislativo del 31 de diciembre de 1994, dispone en su párrafo segundo: “Las reformas a la fracción XVI del artículo 107, entrarán en vigor en la misma fecha en que entren en vigor las reformas de la Ley reglamentaria de los artículos 103 y 107 constitucionales” (es decir, la Ley de Amparo), que todavía no ha sido modificada para incorporar las citadas reformas constitucionales.

⁴⁵ Cfr. Fix-Zamudio, Héctor, “El amparo mexicano en materia administrativa”, en su libro *Ensayos sobre el juicio de amparo*, cit., *supra* nota 36, pp. 323-325.

⁴⁶ Cfr. las reflexiones al respecto del tratadista español González Pérez, Jesús, en su clásico estudio, “La inejecución de las sentencias administrativas”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, núms. 91-92, julio-diciembre de 1973, pp. 421-436, y recientemente en su libro *Derecho procesal administrativo mexicano*, cit., *supra* nota 38, pp. 318-332. Cfr. el núm. 209 de *Documentación Administrativa*, Madrid, enero-abril de 1987, dedicado en su totalidad al tema “La ejecución de las sentencias condenatorias de la administración”.

54. Resulta evidente que nuestra legislación requiere de una revisión sustancial para perfeccionar el derecho de amparo mexicano, especialmente en su función esencial y original de protección de los derechos humanos frente a los actos o disposiciones legislativas de cualquier autoridad. ¿Sería necesaria una nueva Ley de Amparo? Creemos que ya resulta indispensable, pero es necesario meditar cuidadosamente su redacción.

55. En 1995 circuló un anteproyecto que modificaba el texto actual de la Ley de Amparo que se encuentra bastante desordenado debido a las numerosas reformas que ha experimentado y, como hemos dicho anteriormente, algunas de ellas con graves defectos de técnica legislativa. Además, dicho anteproyecto incorporó varias tesis jurisprudenciales importantes de la Suprema Corte de Justicia. Pero con todos sus aciertos consideramos que el mencionado anteproyecto correspondía más bien al modelo de los textos refundidos europeos, que a la nueva legislación que debe elaborarse.

56. En nuestra opinión, una Ley de Amparo que pueda considerarse como auténticamente novedosa, debe partir del supuesto de que el derecho de amparo no constituye una institución unitaria, sino como lo hemos dicho anteriormente (véase *supra* párrafo 46), una reunión de varios instrumentos procesales, que no obstante recibir una misma denominación tienen propósitos distintos. De acuerdo con las breves reflexiones que hemos hecho anteriormente y con apoyo en la realidad actual del amparo mexicano, ese nuevo ordenamiento debe separar los diversos sectores, pero concentrando en una parte común los lineamientos generales del procedimiento. Si examinamos con cuidado nuestra Ley actual, aun cuando en forma poco precisa y con lenguaje confuso, establece algunas reglas diferenciales, pero no las suficientes.

III. EL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL MEXICANO EN LA ACTUALIDAD

57. A los cuatro instrumentos anteriores debemos añadir otros nuevos que se agregaron recientemente con las reformas constitucionales de 1992, 1994 y 1996. Es cierto que ya existían a partir del texto original de la Carta

Fundamental de 1917 (si bien algunos de ellos sufrieron modificaciones posteriores), pero hasta antes de las citadas reformas a la Ley Fundamental no tuvieron una efectiva aplicación práctica, con exclusión del juicio de amparo, que es el único que funcionaba normalmente, si bien no tenía el propósito exclusivo de proteger los derechos fundamentales, pero aun considerado en sus aspectos de garantía constitucional, no debía estimarse suficiente para tutelar nuestra Carta Fundamental, ya que como lo afirmó el ilustre constitucionalista mexicano Felipe Tena Ramírez, aun en los aspectos en que nuestro derecho de amparo funcionaba como garantía constitucional, no constituía realmente un control directo de la Constitución, sino más bien de los derechos de la persona humana, ya que como estimó el notable jurista: “Nuestra institución jurídica ha tenido entre nosotros el crecimiento, la espléndida palpitación de vida del amparo, lo cual se debe no tanto a que el pueblo lo considere como el regulador del sistema federal, el equilibrador de los poderes o el instrumento en el gobierno de los jueces, sino a que ha sido el escudo resonante de la inviolabilidad de la persona”.⁴⁷

58. La introducción de nuevos instrumentos de control constitucional en las citadas reformas constituciones y legales de 1995 y 1994, así como la extensión y reforzamiento de alguna de las anteriores, como ocurrió con las controversias constitucionales (véase *supra* párrafos 21 y 30), ha propiciado una renovación en las funciones directamente constitucionales de la Suprema Corte de Justicia, y con ello podemos afirmar que se ha enriquecido el estudio de la nueva disciplina que podemos calificar como “derecho procesal constitucional mexicano”.

59. Como disciplina científica es la rama más joven de la ciencia del proceso, cuya fundación como tal se atribuye al ilustre Hans Kelsen,⁴⁸ particularmente por medio de su estudio clásico publicado en 1928 en la revista francesa de derecho público,⁴⁹ y que plantea la necesidad de

⁴⁷ *Derecho constitucional mexicano*, 12a. ed., México, Porrúa, 1973, p. 537.

⁴⁸ Así lo consideró el insigne procesalista español Alcalá-Zamora y Castillo, Niceto, *Proceso, autocomposición y autodefensa*, 3a. ed., México, UNAM, 1991, p. 215.

⁴⁹ “La garantie juridictionnelle de la Constitution (La justice constitutionnelle)”, *Revue de Droit Public et de la Science Politique en France et à l’Etranger*, París, 1928, pp. 197-257, publicado posteriormente en el *Annuaire de l’Institut de Droit Public*, París, 1929, pp. 52-143; trad. castellana de Rolando Tamayo y Salmorán, con el título “La garantía jurisdiccional de la Constitución”, *Anuario Jurídico*, I-1974, pp. 471-515.

establecer instrumentos procesales específicos para la tutela de las disposiciones constitucionales, incluyendo una jurisdicción especializada, como la Corte Constitucional, establecida en la Carta Federal austriaca de 1920, a propuesta del mismo Kelsen.⁵⁰ Afirmamos que esta disciplina es relativamente novedosa puesto que con anterioridad si bien se habían analizado los instrumentos de tutela de las normas constitucionales, no se había intentado la construcción de conceptos, principios e instituciones que abarcaran todos los instrumentos, predominantemente procesales, que se han establecido para solucionar los conflictos derivados de la aplicación de las normas constitucionales.⁵¹

60. Es cierto que se ha avanzado de manera importante con los estudios sobre los propios instrumentos dentro del concepto de *justicia o jurisdicción constitucionales*, pero consideramos que un mayor adelanto radica en la consolidación de una disciplina procesal que de manera más sistemática contemple las garantías constitucionales bajo el enfoque de la ciencia del proceso. Lo cierto es que la denominación de *derecho procesal constitucional* se ha generalizado en la doctrina más reciente, y al respecto podemos citar las obras de conocidos tratadistas como el español Jesús González Pérez;⁵² el alemán Christian Pestalozza;⁵³ el costarricense Rubén Hernández Valle;⁵⁴ los argentinos Osvaldo Alfredo Gozaíni;⁵⁵ Néstor Pedro Sagüés;⁵⁶ y el peruano Elvito A. Rodríguez Domínguez.⁵⁷

⁵⁰ La influencia de Kelsen en la creación de la Corte Constitucional austriaca de la que fue magistrado de 1921 a 1930 se destaca por Métall, Rudolf Aladar, *Hans Kelsen. Vida y obra*, trad. de Javier Esquivel, México, UNAM, 1976; Frisch Philipp, Walter, "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, *Jurídica*, México, julio de 1970, pp. 131-148.

⁵¹ Cfr. Fix-Zamudio, Héctor, "El juicio de amparo mexicano y el derecho constitucional comparado", en su libro *Ensayos sobre el derecho de amparo*, cit., *supra* nota 36, pp. 353-357.

⁵² *Derecho procesal constitucional*, Madrid, Civitas, 1979.

⁵³ *Verfassungsprozessrecht (Derecho procesal constitucional)*, 3a. ed., München, C.H. Beck, 1991.

⁵⁴ *Derecho procesal constitucional*, San José, Editorial Juricentro, 1995.

⁵⁵ *El derecho procesal constitucional y los derechos humanos (Vínculos y autonomías)*, México, UNAM, 1995.

⁵⁶ *Derecho procesal constitucional*, 2a. ed., tomos I y II, *El recurso extraordinario*, 1988, tomo III (4a. ed.), *Acción de amparo*, 1995; tomo IV, *Hábeas corpus* (1989), Buenos Aires, Astrea.

⁵⁷ *Derecho procesal constitucional*, Lima, Editora y Distribuidora Jurídica Grijley, 1997.

61. Es preciso aclarar que existe una confusión terminológica en nuestra Ley Fundamental de 1917 que todavía conserva el nombre tradicional de “garantías constitucionales” como equivalentes a la de los derechos fundamentales consagrados por la misma Carta Fundamental. El capítulo primero de la Constitución Federal todavía se denomina “De las garantías individuales” (artículos 1o. al 29). Los cursos que se imparten en las Escuelas y Facultades de Derecho mexicanas, incluyendo la UNAM aluden a las “garantías individuales y sociales”,⁵⁸ Por supuesto que esta designación es diversa de la materia de la disciplina que hemos calificado de “derecho procesal constitucional”, ya que este último comprende, como se ha dicho, a las garantías constitucionales en sentido moderno, es decir como instrumentos predominantemente procesales que tutelan las normas de carácter fundamental.

62. Desde este punto de vista, el derecho procesal mexicano comprende las siguientes garantías constitucionales: a) *El juicio político* (artículo 111); b) *El procedimiento de investigación de la Suprema Corte de Justicia* (artículo 97, párrafos segundo y tercero); c) *Las controversias constitucionales* (artículo 105, fracción I); d) *El juicio de amparo* (artículos 103 y 107); e) *La acción abstracta de inconstitucionalidad* (artículo 105, fracción II); f) *El juicio de protección de los derechos político-electorales* (artículo 99, fracción V); g) *El juicio de revisión constitucional electoral* (artículo 99, fracción IV); h) *Los organismos autónomos protectores de los derechos humanos*, inspirados en el modelo escandinavo del *Ombudsman* (artículo 102, Apartado B). Todos estos preceptos corresponden a la Constitución Federal.

IV. LAS NUEVAS GARANTÍAS CONSTITUCIONALES

A) *La acción abstracta de inconstitucionalidad*

63. Como ya nos hemos referido a los instrumentos de control constitucional que fueron establecidos en el texto original de la Carta Federal de 1917, si bien algunos de ellos han sido modificados con posterioridad, a continuación pretendemos examinar, también brevemente, las garantías

⁵⁸ Cfr. Burgoa Orihuela, Ignacio, *Las garantías individuales*, 28a. ed., México, Porrúa, 1996; Castro, Juventino V., *Garantías y amparo*, 6a. ed., México, Porrúa, 1989.

constitucionales que fueron introducidas en las reformas constitucionales y legales de 1995 y 1996.

64. En primer término haremos un examen muy sintético de la que podemos denominar “acción abstracta de inconstitucionalidad”, introducida por vez primera en nuestro ordenamiento constitucional por medio de las reformas publicadas el 31 de diciembre de 1994 que no tienen precedente en el modelo estadounidense en el que se han basado otras de nuestras garantías constitucionales. En efecto, esta institución surgió en el derecho constitucional europeo con objeto de otorgar a las minorías parlamentarias la posibilidad de impugnar ante los organismos de justicia constitucional (cortes, tribunales constitucionales e inclusive el Consejo Constitucional francés) las disposiciones aprobadas por la mayoría, especialmente en Austria, República Federal de Alemania, España, Francia y Portugal.⁵⁹

65. Dicha garantía constitucional debe considerarse como una acción de carácter “abstracto”, es decir, que tiene por objeto esencial garantizar la aplicación de la Constitución y la certeza del orden jurídico fundamental, por lo que no se requiere la existencia de un agravio ni de un interés jurídico específico para iniciar el procedimiento, y por ello generalmente se otorga la legitimación a los titulares de los poderes públicos (jefes de Estado o de Gobierno, las cámaras parlamentarias, los gobiernos centrales o de las entidades federativas o de las comunidades autónomas, en algunos supuestos, también los organismos jurisdiccionales de protección de los derechos humanos creados de acuerdo con el modelo escandinavo del *Ombudsman* o inclusive por medio de acción popular). Además, dichas acciones abstractas pueden ser de carácter *previo*, es decir invocarse durante el procedimiento de discusión y aprobación, antes de la promulgación y publicación de la norma impugnada (como ocurre particularmente en la instancia ante el Consejo Constitucional francés),⁶⁰ o bien *a posteriori*, es decir, cuando las disposiciones legislativas ya han sido publicadas. Este último es el modelo que sigue el ordenamiento mexicano.⁶¹

⁵⁹ Cfr. Mezzetti, Luca, *Giustizia costituzionale e opposizione parlamentare. Modelli europei a confronto*, Rimini, Maggioli Editore, 1992.

⁶⁰ Cfr., entre otros, Luchaire, François, *Le Conseil Constitutionnel*, París, Economica, 1980, pp. 106-144.

⁶¹ Cfr. Fix Fierro, Héctor, “La reforma judicial de 1994 y las acciones de inconstitucionalidad”, *Ars Iuris*, Revista del Instituto de Documentación e Investigación de la Facultad de Derecho de la Universidad Panamericana, núm. 13, especial sobre reforma judicial, México, 1995, pp. 114-117.

66. En los ordenamientos europeos en los cuales se ha establecido esta acción abstracta de inconstitucionalidad de las disposiciones legales en beneficio de un sector de los parlamentarios de la minoría, generalmente un 30% de los mismos ha tenido un desarrollo significativo y ha logrado una fiscalización constante y frecuente de los ordenamientos aprobados por las mayorías legislativas, en forma destacada en la República Federal de Alemania,⁶² y en Francia.⁶³ Esta acción abstracta de inconstitucionalidad, escasamente conocida en el derecho constitucional latinoamericano, debe considerarse como un instrumento importante para otorgar garantías jurídicas a la oposición, a fin de que pueda participar más activamente en las decisiones políticas de gobierno, según el principio de la "oposición política garantizada".⁶⁴

67. De acuerdo con lo establecido por la fracción II, incisos a) y e), del artículo 105 constitucional y el 62 de la Ley Reglamentaria, se encuentra legitimado para interponer dicha acción abstracta el equivalente al 33% de los integrantes de la Cámara de Diputados; de la Cámara de Senadores; de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal; así como de las legislaturas de los Estados.⁶⁵ También se ha otorgado legitimación al Procurador

⁶² Cfr. Mezzetti, Luca, *Giustizia costituzionale e opposizione parlamentare*, cit., *supra* nota 59. Este autor considera que la jurisprudencia constitucional alemana se ha originado de manera predominante debido a los impulsos que provienen de la oposición, pp. 62-69; Béguin, Jean-Claude, *Le contrôle de la constitutionnalité des lois en République Fédérale d'Allemagne*, París, Economica, 1982, pp. 64-78.

⁶³ En la obra de Favoreu, Louis y Loïc, Philip, *Les grands décisions du Conseil Constitutionnel*, 7a. ed., París, Sirey, 1993, puede observarse el porcentaje importante de instancias introducidas por los diputados y senadores de oposición contra las leyes aprobadas por mayoría, antes de su publicación.

⁶⁴ Cfr. Vega, Pedro de, Vergottini, Giuseppe de, y López Aguilar, Juan Fernando, *Minoría y oposición en el parlamentarismo. Una aproximación comparativa*, Madrid, Publicaciones del Congreso de los Diputados, 1991, pp. 104 y ss., 220 y ss.

⁶⁵ Podemos señalar de manera comparativa que la legitimación para interponer la acción abstracta de inconstitucionalidad se confiere en Austria a un tercio de los diputados del Consejo Nacional; en Francia a 60 diputados o el mismo número de senadores; en España a 50 diputados o 50 senadores; en Alemania a un tercio de los miembros del Parlamento Federal; en Portugal, a un décimo de los diputados. El extremo está representado por la Constitución de Bolivia, en cuyo artículo 120, inciso a), reformado en agosto de 1994, se dispone que cualquier senador o diputado puede interponer la acción abstracta de inconstitucionalidad. Cfr. Fix Fierro, Héctor, "La reforma judicial de 1994 y las acciones de inconstitucionalidad", cit., *supra* nota 61, pp. 115-117; Estrada Sámano, José Antonio, "La inconstitucionalidad de leyes en la reforma judicial", *Revista de Investigaciones Jurídicas*, México, núm. 19, 1995, pp. 407-434.

General de la República, el cual está facultado para actuar como parte en la tramitación de esta acción de inconstitucionalidad, en virtud de la atribución *ex officio* que le confiere el párrafo tercero del apartado A del artículo 102 constitucional.

68. Según la reforma constitucional de agosto de 1996, que admitió la impugnación de las leyes electorales por medio de la citada acción abstracta de inconstitucionalidad, se otorgó legitimación exclusivamente a las dirigencias nacionales o estatales de los partidos políticos; de acuerdo con la naturaleza de su registro (artículos 105, fracción II, inciso f) de la Carta Federal, y el 62 de su Ley Reglamentaria, reformados por decretos legislativos publicados los días 22 de agosto y 22 de noviembre de 1996, respectivamente), este precepto fundamental dispone, además, que “La única vía para plantear la no conformidad de las leyes electorales a la Constitución es la prevista en este artículo”.

69. Los citados incisos del a) al e) de la mencionada fracción II del artículo 105 constitucional establecen una relación directa de las fracciones legislativas con el tipo de normas sujetas a control. En virtud de lo anterior, los integrantes de las Cámaras de Diputados y de Senadores del Congreso de la Unión podrán plantear la acción abstracta respecto de las leyes federales y del Distrito Federal emitidas por el citado Congreso y los senadores también contra los tratados internacionales celebrados por el Ejecutivo Federal; los miembros de las legislaturas de los Estados contra las disposiciones normativas generales expedidas por dichos órganos, y los que forman parte de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal contra las leyes emitidas por la propia Asamblea. En relación con la impugnación directa de las leyes electorales, el inciso f) del citado precepto constitucional establece que las dirigencias nacionales pueden combatir las leyes federales y locales, pero las estatales sólo pueden interponer la acción contra las disposiciones locales.

70. Una situación especial corresponde al Procurador General de la República como facultado para interponer dicha acción abstracta con objeto de reclamar la inconstitucionalidad de las leyes de carácter federal, estatal y del Distrito Federal, así como de los tratados internacionales (artículo 105, fracción II, inciso c) de la Carta Federal).

71. La demanda respectiva debe interponerse dentro de los 30 días naturales contados a partir del día siguiente al de la publicación, en el periódico oficial correspondiente, de la ley o tratado internacional que

pretende combatirse (artículos 105, fracción II, de la Constitución Federal y 60 de la Ley Reglamentaria). Este último precepto establece que si el último día del plazo fuese inhábil, la demanda podrá presentarse el primer día hábil siguiente. Sin embargo, en la reforma a dicho artículo 60, en noviembre de 1996, se agregó que “En materia electoral para el cómputo de los plazos todos los días son hábiles”.

72. Se adopta también el principio de que si el fallo no fuese aprobado por mayoría de ocho votos, la Suprema Corte debe desestimar la acción ejercitada y ordenar el archivo del asunto (artículo 72 de la Ley). Reproducidos aquí lo que expresamos con anterioridad en relación con las controversias constitucionales, por lo que respecta al porcentaje de la votación, que consideramos inconveniente, con mayor razón tratándose de las acciones abstractas de inconstitucionalidad (véase *supra* párrafos 34 y 35).

73. Por otra parte, la Ley Reglamentaria hace una remisión expresa (artículo 73) a la aplicación de los artículos 41, 43, 44 y 45 del mismo ordenamiento, que regulan a las sentencias dictadas en las controversias constitucionales, y que se refieren a su contenido, la obligatoriedad de los precedentes, la notificación y la publicación, así como el momento en que deben producir sus efectos, es decir, en este último caso, la prohibición de su retroactividad, salvo en materia penal.⁶⁶

F) *El juicio para la protección de los derechos político-electorales de los ciudadanos*

74. Este instrumento introducido en las reformas constitucionales y legales de 1996, debe considerarse como un mecanismo paralelo al juicio de amparo, en su función primordial de protección de los derechos humanos. En efecto, la jurisprudencia que se inició el siglo anterior en la Suprema Corte de Justicia hizo la distinción entre los derechos civiles y los de carácter político, inspirada en la separación del derecho público estadounidense entre *civil rights* y *political rights*, pero se confundió a los

⁶⁶ La Ley Reglamentaria establece varias remisiones y consigna disposiciones comunes para la tramitación de las dos instituciones, es decir, controversias constitucionales y acciones directas de inconstitucionalidad. Cfr. Castro, Juventino V., *El artículo 105 constitucional*, cit., *supra* nota 27, que dedica el capítulo cuarto de su libro al análisis de las disposiciones comunes a ambos instrumentos, pp. 139-221.

primeros con las garantías individuales o derechos del hombre, y por ello se consideró que los derechos políticos no podían ser objeto de tutela por el mismo derecho de amparo.⁶⁷

75. Este criterio tradicional dio lugar a la controversia entre las ideas de José María Iglesias sobre la incompetencia de origen,⁶⁸ de acuerdo con las cuales el artículo 16 de la Constitución de 1857, al establecer la exigencia de que todo acto de afectación a los particulares debía emanar de autoridad competente, comprendía el origen legítimo de la misma autoridad,⁶⁹ e Ignacio Luis Vallarta, quien al asumir posteriormente la presidencia de la Suprema Corte entre mayo de 1878 y noviembre de 1882, combatió de manera decidida la tesis anterior (la que, al ser aplicada de manera extrema por el propio Iglesias como anterior Presidente de la misma Corte, determinó el desconocimiento de las elecciones presidenciales de 1876 en las que obtuvo el triunfo Sebastián Lerdo de Tejada) (véase *supra* párrafo 19) por considerar el propio Vallarta que la legitimidad se refería a la persona, al individuo nombrado para el cargo público respectivo, y la competencia establecida por el citado artículo 16 de la Carta Federal de 1857 tenía relación con la entidad calificada como autoridad, ya que la propia legitimidad tenía un carácter político y por ello debía suponerse y prescindirse de ella para examinar únicamente la cuestión jurídica de si cabe en el círculo de atribuciones de una autoridad determinada expedir una orden que afectara a un habitante de la República. Este último fue el criterio que adoptó la Suprema Corte a partir de su decisión del 23 de agosto de 1878 en el juicio de amparo solicitado por el destacado jurista y político León Guzmán y es el que ha predominado hasta la actualidad, debido a la redacción similar del artículo 16 de la Carta Federal de 1917.⁷⁰

76. A partir de entonces la Suprema Corte ha evitado la decisión de cuestiones políticas en los juicios de amparo, aun cuando se ha pronunciado en forma muy restringida sobre algunas de estas cuestiones en los

⁶⁷ Cfr. Vallarta, Ignacio L., *El juicio de amparo y el writ of habeas corpus*, México, Imprenta de J. J. Terrazas, 1896, pp. 126-170, sobre la doctrina y jurisprudencia estadounidenses de su época acerca de la separación entre cuestiones jurídicas y políticas.

⁶⁸ *Estudio constitucional sobre facultades de la Corte de Justicia*, México, Imprenta de León y White, 1874. Este trabajo fue reproducido con estudio preliminar de Santiago Oñate, *Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia*, México, núm. 30, abril-junio de 1946, pp. 257-295.

⁶⁹ Cfr. Moctezuma Barragán, Javier, *José María Iglesias y la justicia electoral*, cit., *supra* nota 11, pp. 81-166.

⁷⁰ Cfr. Vallarta, Ignacio Luis, *Votos. Cuestiones constitucionales*, México, edición de Antonio J. Lozano (imprenta particular), 1894, pp. 78-80; Fix-Zamudio, Héctor, "Ignacio Luis Vallarta, la

asuntos muy escasos en que ha conocido de controversias constitucionales con anterioridad a las reformas de 1995 (véase *supra* párrafos 23 y 28) o al realizar investigaciones de acuerdo con el artículo 97 constitucional (véase *supra* párrafos 16 y 18).⁷¹ Esta cautela de nuestro más alto tribunal se explica por la trascendencia que por años tuvo en Latinoamérica la tesis de la Corte Suprema Federal de los Estados Unidos de América que se autolimitó en lo que calificó como “*political questions*”,⁷² pero que ha modificado paulatinamente para considerar como justiciables cuestiones que anteriormente se estimaban de naturaleza estrictamente política, como las de carácter electoral, aun cuando siempre por conducto de una controversia judicial.⁷³

77. Lo cierto es que en México esta evolución no se ha realizado, especialmente por lo que se refiere a la tutela de los derechos políticos consagrados en nuestra Constitución Federal por conducto del juicio de amparo, ya que hasta la actualidad se aplica la anacrónica tesis de jurisprudencia, actualmente superada de manera definitiva, y que todavía establece: “*Derechos políticos. Improcedencia. La violación de los derechos políticos no da lugar al juicio de amparo, porque no se trata de garantías individuales*”.⁷⁴

78. Es indiscutible de que los derechos políticos son derechos humanos, como lo demuestran las Constituciones contemporáneas, incluyendo las latinoamericanas, así como los tratados internacionales de derechos

incompetencia de origen y los derechos políticos”, *A cien de años de la muerte de Vallarta*, México, UNAM, 1994, pp. 13-39. Ésta es la tesis de jurisprudencia, todavía vigente, núm. 983, *Incompetencia de origen*, en *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación* publicado en 1988, segunda parte, Tesis Comunes al Pleno y a las Salas, tomo II, p. 1595.

⁷¹ Cfr. González Avelar, Miguel, *La Suprema Corte y la política*, 2a. ed., México, UNAM, 1994, pp. 31-62.

⁷² Cfr. Schwartz, Bernard, *Los poderes del gobierno. Comentario sobre la Constitución de los Estados Unidos*, trad. de José Juan de Olloqui Labastida, México, UNAM, 1966, tomo I, pp. 576-579; Evans Hughes, Charles, *La Suprema Corte de los Estados Unidos*, trad. de Roberto Molina Pasquel y Vicente Herrero, 2a. ed., México, FCE, 1971, pp. 56-58; Alonso García, Enrique, “El Tribunal Burger y la doctrina de las ‘Political Questions’ en Estados Unidos”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, núm. 1, enero-abril de 1981, pp. 287-299.

⁷³ Cfr. Loewenstein, Karl, “La función política del Tribunal Supremo de los Estados Unidos”, *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, núm. 133, enero-febrero de 1964, pp. 5-39.

⁷⁴ Tesis 623. *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación*, publicado en 1988, segunda parte, Tesis Comunes al Pleno y a las Salas, tomo II, p. 1061.

humanos.⁷⁵ Nuestra Carta Fundamental también los consagra y los ha incrementado de manera paulatina, especialmente en materia electoral,⁷⁶ por lo que se ha superado de manera definitiva el criterio decimonónico de confundir los derechos humanos con las llamadas “garantías individuales”, las que constituyen sólo un sector de los llamados “derechos civiles”, frente a la amplitud actual de los derechos de la persona humana.⁷⁷

79. En virtud de la tesis tradicional citada anteriormente, se advertía en el ordenamiento jurídico mexicano la ausencia de un instrumento procesal para proteger los derechos políticos de carácter individual, ya que los colectivos, especialmente los electorales, se han tutelado por medio de diversos instrumentos, inclusive por conducto de la jurisdicción especializada. Por ello, un sector en pro de esta doctrina sostuvo con anterioridad a las reformas de 1996 la necesidad de ampliar la procedencia del juicio de amparo hacia algunos de estos derechos.⁷⁸ Fue un acierto, por tanto, que se estableciera el juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano, ante el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, como un instrumento paralelo al juicio de amparo que, como se ha visto, tradicionalmente no procede para la tutela de los derechos políticos.

80. Sin embargo, sería conveniente estudiar la posibilidad de que algunos derechos políticos queden fuera del campo de protección del nuevo instrumento como, por ejemplo, los de libre expresión de las ideas; el de la libertad de expresión en los medios de comunicación y el de petición,

⁷⁵ Basta citar entre dichos tratados el Pacto de las Naciones Unidas sobre Derechos Civiles y Políticos, la Convención Europea sobre la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, así como la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Cfr. el análisis conjunto de estos instrumentos de Robertson, A. H., “Pactos y Protocolo Opcional de las Naciones Unidas, Convención Americana y Convención Europea sobre Derechos Humanos. Estudio Comparativo”, *La protección internacional de los derechos del hombre. Balance y perspectivas*, México, UNAM, 1983, pp. 145-189.

⁷⁶ Cfr. Fix Fierro, Héctor, “Los derechos políticos en el ordenamiento mexicano”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, núms. 203-204, septiembre-diciembre de 1995, pp. 59-92; Terrazas Salgado, Rodolfo, “El juicio de amparo y los derechos político-electorales”, *Justicia Electoral*, México, núm. 8, 1996, pp. 101-112.

⁷⁷ Aun cuando la bibliografía sobre la materia es inagotable, citaremos en vía de ejemplo, por su examen integral del tema, la obra del destacado tratadista argentino Bidart Campos, Germán J., *Teoría general de los derechos humanos*, México, UNAM, 1989.

⁷⁸ Cfr. Fix-Zamudio, Héctor, “La justicia constitucional en el ordenamiento mexicano”, cit., *supra* nota 1, pp. 185-188.

todos ellos en materia política, cuando dichos derechos no tengan directa o indirectamente propósitos electorales (artículos 6o. a 9o. constitucionales). Estos preceptos fundamentales no hacen referencia expresa a la materia política, salvo el último, el cual dispone en su parte relativa "... sólo los ciudadanos de la República podrán tomar parte en los asuntos políticos del país".

81. La doctrina señala que el antecedente del juicio para la protección de los derechos político-electorales se encuentra en la llamada "*apelación ciudadana*" regulada por el Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales (Cofipe) con anterioridad a la última reforma de 1996,⁷⁹ instrumento que podían plantear ante el anterior Tribunal Federal Electoral los ciudadanos afectados por las decisiones del Instituto Federal Electoral responsable de la inscripción, cuando se hubiesen declarado improcedentes las solicitudes de los propios afectados para corregir los supuestos en los que no se les hubiese expedido oportunamente la credencial de elector con fotografía, o bien no hubiera aparecido en las listas nominales de electores de los distritos de su domicilio, o bien se les hubiese excluido o incluido indebidamente en dichas listas (artículo 151 de dicho Código en su redacción anterior), dicha apelación podía interponerse tanto por los ciudadanos como por los partidos políticos cuando hubiesen sido afectados, en el lapso entre dos elecciones (artículo 294, incisos b) y c) anterior), o bien en el periodo electoral (artículo 295, inciso b), por lo que es evidente que coincide en varios aspectos con el juicio de protección que se analiza.⁸⁰

82. Este llamado indebidamente "*recurso de apelación*" tuvo una significativa repercusión en las elecciones federales de 1994, ya que según los datos aportados por el entonces Tribunal Federal Electoral, en ese periodo se plantearon ante dicho organismo jurisdiccional un total de 80,083 recursos, de los cuales 80,023 fueron interpuestos por ciudadanos

⁷⁹ Cfr. Terrazas Salgado, Rodolfo y Mata Pizaña, Felipe de la, "*Juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano*", en la obra *Estudio teórico práctico del sistema de medios de impugnación en materia electoral*, México, Centro de Capacitación Judicial del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 1997, pp. 270-272.

⁸⁰ Cfr. García Ramírez, Sergio, "*La apelación en el contencioso electoral*", en el volumen *Manual sobre los medios de impugnación en el Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales*, México, Instituto Federal Electoral-Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 1992, pp. 53-117.

y únicamente 60 por partidos políticos.⁸¹ En un trabajo anterior señalamos que era incorrecta la apreciación del legislador al calificarlo como recurso, ya que en realidad debía considerarse como un proceso o juicio impugnativo, ya que tampoco correspondía a la figura del recurso por excelencia, que recibe el nombre de “apelación”.⁸² Por ello consideramos que la denominación actual es más correcta y al mismo tiempo más amplia.

83. Por lo que respecta a la competencia para conocer de este instrumento, el mismo puede presentarse ante la Sala Superior, en única instancia, cuando se trate de la violación a los derechos de votar y ser votado en las elecciones populares; asociarse individual y libremente para formar parte en forma pacífica en los asuntos jurídicos del país (artículos 99, fracción V, de la Carta Federal; 189, fracción I, inciso f), y 83, inciso a), fracciones I y II, respectivamente, de las leyes Orgánica del Poder Judicial de la Federación y de la General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Federal),⁸³ y durante el periodo electoral y ante las Salas Regionales del mismo Tribunal,⁸⁴ cuando no se entregue al afectado el documento necesario para ejercer el voto, o no aparezca, o considere se le ha excluido de la lista nominal de electores de la sección correspondiente a su domicilio (mismo precepto constitucional y los artículos 195, fracción III, y 83, inciso b), de las leyes Orgánica del Poder Judicial de la Federación y General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral, respectivamente).

84. Están legitimados los ciudadanos individualmente considerados que hubieren sido lesionados en sus derechos político-electorales, pero

⁸¹ Cfr. *Memoria 1994*, México, Tribunal Federal Electoral, 1995, tomo I, pp. 322-323.

⁸² Cfr. Fix-Zamudio, Héctor, “Introducción a la teoría de los recursos en el contencioso electoral”, en la obra citada en la nota 80, pp. 31-32.

⁸³ El artículo 79 de la Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral dispone al respecto: “El juicio para la protección de los derechos político-electorales, sólo procederá cuando el ciudadano por sí mismo y en forma individual, haga valer presuntas violaciones a sus derechos de votar y ser votado en las elecciones populares, de asociarse individual y libremente para tomar parte en forma pacífica en los asuntos políticos y afiliarse libre e individualmente a los partidos políticos. En el supuesto previsto en el inciso e) del párrafo 1 del siguiente artículo (cuando habiéndose asociado con otros ciudadanos para tomar parte en forma pacífica en asuntos políticos, conforme a las leyes aplicables, consideren que se les negó indebidamente su registro como partido político o agrupación política), la demanda deberá presentarse por conducto de quien ostente la representación legítima de la organización política agraviada”.

⁸⁴ Debe tomarse en cuenta que durante el tiempo que transcurra entre dos procesos electorales federales ordinarios o extraordinarios, estas controversias deben someterse a la Sala Superior en una sola instancia.

únicamente podrán promover el juicio cuando hubiesen agotado todas las instancias previas y realizado las gestiones necesarias para estar en condiciones de ejercer el derecho político-electoral presuntamente violado en la forma y en los plazos que las leyes respectivas establezcan para tal efecto. En su caso, deberán agotar previamente las instancias administrativas, y en ese supuesto las autoridades electorales les proporcionarán orientación y pondrán a su disposición los formatos que sean precisos para la presentación de las demandas respectivas (artículos 80 y 81 de la Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral).⁸⁵

85. Existe una regla particular en un supuesto de promoción del juicio de protección de los derechos político-electorales del ciudadano, cuando los afectados, habiéndose asociado con otros ciudadanos para tomar parte en forma pacífica en asuntos políticos, conforme a las leyes aplicables, consideren que se les negó indebidamente su registro como partido político o agrupación política, ya que en esa hipótesis, la demanda deberá presentarse por conducto de quien ostente la representación legítima de la organización o agrupación política agraviada (artículos 79 y 80, inciso c), de la Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral). Estos preceptos carecen de precisión, pues no queda claro si se trata de la tutela de un interés individual, el del ciudadano, o de carácter colectivo, el de la asociación de la que forma parte.

86. De acuerdo con lo establecido por el artículo 82 del ordenamiento procesal que se analiza, cuando por causa de inelegibilidad de los candidatos las autoridades electorales competentes determinen no otorgar o revocar la constancia de mayoría o de agrupación respectiva, los ciudadanos afectados no podrán interponer el juicio de protección de sus derechos político-electorales, sino que deberán acudir al juicio de inconformidad y, en su caso, al recurso de reconsideración respectivo cuando se trate de procesos electorales federales, pero cuando esta situación se presente en comicios de carácter local, el agraviado sólo podrá promover el citado juicio de protección, en el supuesto de que la ley electoral correspondiente no le confiera un medio de impugnación jurisdiccional que sea procedente

⁸⁵ La Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial Federal estableció criterio en el sentido de que el "Juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano. Es improcedente contra actos de los partidos políticos". Juicio 12/97, Andrés Arnulfo Rodríguez Zárate y otros, resuelto del 27 de mayo de 1997, *Justicia Electoral*, México, suplemento, núm. 1, 1997, pp. 48-49.

en estos casos, o cuando habiendo agotado el mismo, considere que no se reparó la violación constitucional reclamada.

87. En la Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral se establecen disposiciones específicas en cuanto a los efectos de las sentencias pronunciadas en los juicios de protección de los derechos político-electorales de los ciudadanos. Además de determinar que los fallos son definitivos e inatacables, se dispone que las resoluciones favorables a los demandantes pueden tener los siguientes efectos: a) confirmar el acto o resolución impugnados, o b) revocar o modificar dicho acto o resolución y restituir el promovente en el uso y goce del derecho político-electoral que le haya sido violado (artículo 84). Además, en virtud de los problemas que se presentaron en la realidad en la aplicación de los fallos favorables a los ciudadanos en el anterior recurso de apelación (véase *supra* párrafos 81 y 82), el artículo 85 de dicho ordenamiento ordena que tratándose de la violación de sus derechos relativos a la expedición de las credenciales de elector o de figurar correctamente en las listas nominales respectivas, si por razón de los plazos legales o por imposibilidad técnica o material la autoridad electoral federal o local responsable no pueda incluir a los afectados en la lista nominal correspondiente o expedirles el documento que exija la ley electoral para poder sufragar, bastará la exhibición de la copia certificada de los puntos resolutivos del fallo, así como de una identificación, para que los funcionarios electorales permitan que los ciudadanos respectivos ejerzan el derecho de voto el día de la jornada electoral, en la mesa de casilla que corresponda a su domicilio o, en su caso, en una casilla especial en los términos de la ley de la materia.⁸⁶

88. El citado juicio para la protección de los derechos político-electorales de los ciudadanos fue ejercido por numerosos electores ante las Salas Regionales del Tribunal Electoral del Poder Judicial Federal durante las elecciones federales de 1997, aunque no con la profusión con la cual se promovieron los llamados “recursos de apelación” en comicios anteriores, que constituyen su antecedente (véase *supra* párrafo 81). En efecto, en

⁸⁶ Cfr. Terrazas Salgado, Rodolfo y Mata Pizaña, Felipe de la, “Juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano”, cit., *supra* nota 79, pp. 274-276.

total se interpusieron 7,507 impugnaciones, y de ellas la mayoría (5,239) se apoyó en la no expedición de la credencial respectiva.⁸⁷

C) *El juicio de revisión constitucional electoral*

89. Este instrumento fue introducido por el artículo 99 constitucional y por la Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral, en las reformas de 1996, con objeto de establecer la posibilidad de combatir la inconstitucionalidad de los actos o resoluciones de las autoridades electorales de las entidades federativas,⁸⁸ si se toma en consideración que no existe otro procedimiento por el cual pudiesen combatirse los actos concretos de las autoridades electorales locales que infrinjan directamente la Constitución Federal, ya que, como hemos dicho, no procede el juicio de amparo, según la jurisprudencia tradicional, contra la violación de los derechos políticos (véase *supra* párrafos 74 y 77) y, por el contrario, sí pueden impugnarse las disposiciones legislativas electorales locales por conducto de la acción abstracta de inconstitucionalidad (véase *supra* párrafo 68).⁸⁹

90. En efecto, de acuerdo con lo establecido por el artículo 86 de la Ley mencionada, el juicio de revisión constitucional electoral sólo procederá a fin de impugnar actos o resoluciones de las autoridades competentes de las entidades federativas para organizar y calificar los comicios locales o

⁸⁷ Cfr. *Justicia Electoral*, cit., *supra* nota 85, Sección Estadística Judicial, gráficas 2 y 6, pp. 69 y ss.

⁸⁸ En la parte relativa de la exposición de motivos de la iniciativa presidencial que sirvió de base a las reformas constitucionales de agosto de 1996, se manifestó que: "...Al respecto, la iniciativa plantea un mecanismo absolutamente respetuoso de nuestro sistema federal, al prever que esta nueva vía sólo procederá cuando haya violaciones directas a la Constitución Federal y en casos determinados que por su trascendencia ameriten ser planteados ante esta instancia jurisdiccional. Con lo anterior se pretende moderar aquellas situaciones que por su disparidad o divergencia con el sentido de nuestro texto fundamental, atentan contra el Estado de Derecho. De igual manera, con esta vía se aspira a superar los debates sobre la legalidad de los procesos locales, cerrando el camino a decisiones políticas sin fundamento jurídico que pudieren afectar el sentido de la voluntad popular expresada en las urnas".

⁸⁹ Cfr. Elizondo Gasperín, María Macarita, "El juicio de revisión constitucional", en la obra citada *supra* nota 80, pp. 283-310.

resolver las controversias que surjan durante los mismos, pero siempre que se satisfagan determinados requisitos, cuyo incumplimiento determinará que se deseché de plano el medio de impugnación respectivo. En tal virtud, el citado ordenamiento exige que los actos o resoluciones combatidos tengan, en primer lugar, el carácter de definitivos y firmes;⁹⁰ que violen algún precepto de la Constitución Federal; que la infracción reclamada pueda resultar determinante para el desarrollo del proceso electoral respectivo o el resultado final de las elecciones; que la reparación solicitada sea material y jurídicamente posible dentro de los plazos electorales y factible antes de la fecha constitucional o legalmente fijada para la instalación de los órganos o la toma de posesión de los funcionarios electos y, finalmente, que se hubiesen agotado en tiempo y forma todas las instancias previas establecidas por las leyes para combatir los actos o resoluciones electorales en virtud de los cuales pudieran haberse modificado, revocado o anulado.

91. El conocimiento de este proceso de revisión constitucional corresponde a la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, en única instancia, tratándose de actos o resoluciones relativos a las elecciones de gobernadores, diputados locales, autoridades municipales, así como de Jefe de Gobierno, diputados a la Asamblea Legislativa y titulares de los órganos político-administrativos del Distrito Federal (artículos 99, fracción IV, de la Constitución Federal; 189, fracción I, inciso e), de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación y 87 de la Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral).

92. Únicamente los partidos políticos pueden promover dicho juicio de revisión constitucional electoral por conducto de sus representantes legítimos, siempre que dichos representantes estén registrados formal-

⁹⁰De acuerdo con la tesis jurisprudencial establecida por la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial Federal, "El principio de definitividad, rector del juicio de revisión constitucional electoral, a que se refiere el artículo 86, párrafo 1, inciso f) de la Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral se cumple, cuando se agotan previamente a la promoción de aquél, las instancias que reúnan las dos siguientes características: a) que sean idóneas, conforme a las leyes locales respectivas para impugnar el acto o resolución electoral de que se trate, y b) que conforme a los propios ordenamientos sean aptas para modificar, revocar o anular éstos..." Resolución dictada el 25 de septiembre de 1997, en el juicio de revisión constitucional 92/97, promovido por el Partido del Trabajo.

mente ante el órgano electoral responsable cuando éste haya dictado el acto o resolución impugnados; cuando hayan interpuesto el medio de impugnación jurisdiccional al cual recayó la resolución impugnada; los que hayan comparecido con el carácter de tercero interesado en el medio de impugnación jurisdiccional al cual recayó la resolución combatida; o finalmente, los que tengan facultades de representación de acuerdo con los estatutos del partido político respectivo, en los casos que sean distintos a los precisados en los supuestos anteriores. La falta de legitimación o de personería será causa para el desechamiento de plano del proceso impugnativo de que se trata (artículo 88 de la Ley General del Sistema de Medios de Impugnación).

93. El artículo 93 de la referida Ley consigna reglas particulares respecto de los efectos de las sentencias que decidan los juicios de revisión constitucional electoral, ya que dichos efectos pueden consistir en la confirmación del acto o la resolución impugnados; o bien, en la revocación o modificación de los mismos y, consecuentemente, en el establecimiento de los medios necesarios para reparar la violación constitucional que se hubiese cometido.⁹¹

D) *Las comisiones de Derechos Humanos (Ombudsman)*

94. Los organismos no jurisdiccionales de protección de los derechos humanos que han tomado como modelo la institución del *Ombudsman* de origen escandinavo son muy recientes en el ordenamiento mexicano, no obstante lo cual, conjuntamente con el juicio de amparo, habían sido las garantías constitucionales con mayor eficacia para la tutela de los derechos fundamentales hasta la creación de los nuevos instrumentos establecidos en las reformas constitucionales y legales de 1995 y 1996, a que se ha hecho referencia con anterioridad.

95. Si bien en estricto sentido dichos organismos no tendrían cabida dentro de la disciplina que hemos calificado como “derecho procesal constitucional”, en cuanto no constituyen instrumentos de carácter estrictamente procesal, su análisis se ha incorporado a esta nueva rama del

⁹¹ Cfr. Elizondo Gasperín, María Macarita, “El juicio de revisión constitucional”, cit., *supra* nota 89, pp. 311-333.

derecho procesal debido a su vinculación con los organismos jurisdiccionales, a los cuales apoyan y auxilian en su labor de protección de los derechos humanos. Además, si realizamos un examen comparativo de diversas ramas procesales, podemos observar que son varias las instituciones que no son rigurosamente jurisdiccionales, pero que se estudian como parte de dichas disciplinas y como ejemplos se pueden citar la jurisdicción voluntaria en los procesos civil y mercantil; la averiguación previa en el proceso penal, y el procedimiento administrativo en el proceso de esta materia.

96. No haremos referencia, debido a la índole resumida de este trabajo, a los antecedentes escandinavos del *Ombudsman*, ni a su dinámico desarrollo en la segunda posguerra, tanto en Europa continental como en varios ordenamientos de la tradición jurídica del *common law*, e inclusive en numerosos países en vías de desarrollo en Asia y en África, que han convertido a estos organismos en instrumentos que se pueden calificar de “universales”. Como es bien sabido tales organismos han asumido diversos nombres, como los de *Parliamentary Commissioner*, *Médiateur*, *Volksanwaltschaft* (abogacía popular), *Difensore Civico*, etcétera, pero los más próximos a los ordenamientos latinoamericanos han sido el Promotor de la Justicia de Portugal (Constitución de 1976-1982) y, de manera especial, el Defensor del Pueblo español (Constitución de 1978), que ha sido el modelo inmediato, inclusive en su denominación, para una mayoría de las legislaciones de nuestra región.⁹²

97. En síntesis podemos afirmar que la introducción de organismos similares al *Ombudsman* en América Latina ha sido tardía debido al desconocimiento que se ha tenido de la institución, que un principio parecía muy alejada de las tradiciones jurídicas latinoamericanas. Además, hasta hace pocos años, eran escasos los estudios en idioma castellano sobre este instrumento tutelar de los derechos humanos. Sin embargo, como lo hemos afirmado en el párrafo anterior, la creación del Promotor de la Justicia en Portugal y de manera muy particular del Defensor del Pueblo español, así como los estudios comparativos de los juristas hispanos Álvaro Gil

⁹² Cfr. Fix-Zamudio, Héctor, *Protección jurídica y procesal de los derechos humanos ante las jurisdicciones nacionales*, Madrid, UNAM-Civitas, 1982, pp. 281-344; *idem*, *Protección jurídica de los derechos humanos. Estudios comparativos*, México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 1991, pp. 189-213.

Robles y Gil Delgado⁹³ y Víctor Fairén Guillén⁹⁴ dieron un gran impulso al análisis de este instrumento por parte de los tratadistas latinoamericanos.

98. En visión panorámica, podemos mencionar: a) *Procurador de los Derechos Humanos* de Guatemala, de la Constitución del 31 de mayo de 1985, artículos 273-275, y Ley de la Comisión de los Derechos Humanos del Congreso de la República y del Procurador de los Derechos Humanos, del 1 de octubre de 1986, con reformas posteriores.⁹⁵

99. b) *Defensor del Pueblo* de Colombia, Constitución del 7 de julio de 1991, artículos 281-286, preceptos desarrollados por la Ley 24, del 15 de diciembre de 1992.⁹⁶

100. c) *Defensoría del Pueblo* de Perú, Constitución de septiembre de 1993, artículos 161 y 162, desarrollados por la Ley 26,520, Orgánica de la Defensoría del Pueblo, del 8 de agosto de 1995.⁹⁷

101. d) *Defensor del Pueblo* de Bolivia, Constitución de 1967, reformada sustancialmente el 12 de julio de 1994, artículos 127 a 131, que no han sido todavía reglamentados.

102. e) *Defensor del Pueblo* de Ecuador, Constitución de 1978, reformada en enero de 1996, y cuyo texto codificado por el Congreso Nacional fue

⁹³ *El control parlamentario de la administración (El Ombudsman)*, 2a. ed., Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública, 1981; *idem*, "El Defensor del Pueblo y su impacto en España y en América Latina", *Revista de la Asociación Iberoamericana del Ombudsman*, Santa Fe de Bogotá, núm. 3, diciembre de 1994, pp. 53-84. Por lo que respecta al establecimiento de instituciones similares en las diversas comunidades autónomas españolas, puede consultarse el libro editado por Biglino Campos, Paloma, *El Procurador del Común. Defensor del Pueblo y Comunidades Autónomas*, Valladolid, Cortes de Castilla y León-Universidad de Valladolid, 1995.

⁹⁴ *El Defensor del Pueblo. Ombudsman*, tomo I, *Parte general*, tomo II, *Parte especial*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1982 y 1986.

⁹⁵ Cfr. Basells Tojoa, Édgar Alfredo, *El Procurador de los Derechos Humanos*, Guatemala, Universidad de San Carlos, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, 1987; León Carpio, Ramiro de, "El Ombudsman en Guatemala", *La experiencia del Ombudsman en la actualidad. Memoria*, México, Comisión Nacional de Derechos Humanos, 1992, pp. 127-138.

⁹⁶ Cfr. Córdoba Triviño, Jaime, "Procuraduría General de la Nación y Defensoría del Pueblo en Colombia", *La experiencia del Ombudsman en la actualidad*, citado en la nota anterior, pp. 117-125; *idem*, "La Defensoría del Pueblo en Colombia", *La Defensoría del Pueblo: retos y posibilidades*, Lima, Comisión Andina de Juristas, 1995, pp. 31-45; Madrid-Malo Garizábal, Mario, "El control defensorial en Colombia", *Revista de la Asociación Iberoamericana del Ombudsman*, cit., *supra* nota 93, pp. 85-94.

⁹⁷ Cfr. Abad Yupanqui, Samuel, "El Ombudsman o Defensor del Pueblo en la Constitución peruana de 1993. Retos y limitaciones", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 86, mayo-agosto de 1996, pp. 401-417; *idem*, "Defensoría del Pueblo y administración de justicia. Elementos para el debate", *La Constitución de 1993. Análisis y comentarios. III*, Lima, Comisión Andina de

publicado el 18 de junio de ese año, artículo 29. Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo, publicada el 20 de febrero de 1997.⁹⁸

103. f) *Procurador para la Defensa de los Derechos Humanos*, de El Salvador, Constitución de 1983, reformada el 31 de octubre de 1991, artículo 194. Ley de la Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos promulgada el 20 de febrero de 1992.⁹⁹

104. g) *Defensor de los Habitantes* de Costa Rica, Ley publicada el 10 de diciembre de 1992.¹⁰⁰

105. h) *Comisionado de los Derechos Humanos* de la República de Honduras, Constitución de 1982, reformada por decretos del 27 de diciembre de 1994 y 7 de febrero de 1995, artículo 59. Ley Orgánica del Comisionado Nacional de los Derechos Humanos, promulgada el 10 de noviembre de 1995.¹⁰¹

106. i) *Procurador para la Defensa de los Derechos Humanos* de Nicaragua. Constitución de 1987, reformada el 1 de febrero de 1995, artículo 138, inciso 30). Ley de la Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos, publicada el 10 de enero de 1996.

107. j) *Defensor del Pueblo* de Argentina, Constitución de 1853-1860, reformada el 22 de agosto de 1994, artículo 86. Es preciso aclarar que en dicho país la institución fue objeto de una evolución paulatina, ya que primero se introdujo en varias Constituciones y leyes provinciales, así como en

Juristas-Konrad Adenauer Stiftung, 1996, pp. 91-101.

⁹⁸ Cfr. Vaca Moreno, Lucía, "El Defensor del Pueblo", *Ruptura*, Revista de la Asociación Escuela de Derecho de la Facultad de Jurisprudencia de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, Quito, 1996, pp. 39-51; *idem*, "República romana", en la obra *Estudios de homenaje al cincuentenario de su fundación*, Quito, Facultad de Jurisprudencia de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, 1996, pp. 363-382.

⁹⁹ Cfr. Fix-Zamudio, Héctor, "Garantías de los derechos, control judicial, amparo, *Ombudsman*", en la obra dirigida por Eduardo García de Enterría y Manuel Clavero Arévalo, *El derecho público a finales de siglo. Una perspectiva iberoamericana*, Madrid, Fundación BBV-Civitas, 1996, pp. 627-628.

¹⁰⁰ Cfr. Rojas Franco, Enrique, *El Defensor del Pueblo*, San José, Costa Rica, Iberoamericana de Ediciones, 1993; Vega Robert, Rolando, *El Defensor de los Habitantes*, San José, Costa Rica, Investigaciones Jurídicas, 1993.

¹⁰¹ Cfr. Volio, Fabián; Río, María del Consuelo del, y Esquivel, Max, *Funciones y alcances de la Oficina del Comisionado Nacional de Derechos Humanos de Honduras. Estudio introductorio*, San José-Tegucigalpa, Instituto Interamericano de Derechos Humanos-Real Ministerio de los Países Bajos para la Cooperación, 1995.

varias ciudades, entre ellas Buenos Aires (Contraloría General Comunal, 17 de octubre de 1985) y, en el ámbito nacional, primero como organismo desconcentrado y posteriormente como un comisionado parlamentario, pero con su actual denominación, regulado por la Ley 24,284 de 1993 sobre el propio Defensor del Pueblo, que con algunas modificaciones sigue en vigor después de ser elevada la institución a rango constitucional en agosto de 1994.¹⁰²

108. k) *Defensor del Pueblo* de Paraguay. Constitución del 20 de junio de 1992, artículos 276-280. No se ha expedido todavía la Ley Reglamentaria.

109. Por lo que se refiere al ordenamiento mexicano, la creación del *Ombudsman* ha sido también reciente y se ha desarrollado con inusitada rapidez. En efecto, hasta principios de la década de los años ochenta, la institución era prácticamente desconocida en México, pero durante dicha década se realizaron varios ensayos para establecer organismos similares, aun cuando sin una comprensión muy estricta de la organización y funciones de la institución. Dentro de estos intentos, que no tuvieron eficacia en la práctica, podemos mencionar la Dirección para la Defensa de los Derechos Humanos en el Estado de Nuevo León, establecida por una ley del Congreso local del 3 de enero de 1979; el Procurador de Vecinos, creado por acuerdo del ayuntamiento de la ciudad de Colima el 21 de noviembre de 1983, y que se institucionalizó en la Ley Orgánica Municipal del Estado del mismo nombre publicada el 8 de diciembre de 1984.¹⁰³

110. El primer organismo que ha funcionado en la realidad, aun cuando con una competencia restringida, ha sido la *Defensoría de los Derechos Universitarios*, cuyo estatuto fue aprobado por el Consejo Universitario de la UNAM el 29 de mayo de 1985.¹⁰⁴ Siguieron varias instituciones a nivel estatal y municipal, tales como la *Procuraduría de la Defensa del In-*

¹⁰² La bibliografía argentina sobre el *Ombudsman* y su introducción en ese país es bastante amplia, por lo que nos limitamos a señalar algunas obras significativas: Maiorano, Jorge L., *El Ombudsman. Defensor del Pueblo y las instituciones republicanas*, Buenos Aires, Ediciones Macchi, 1987, pp. 431-437; Gozañi, Osvaldo Alfredo, *El Defensor del Pueblo* (Ombudsman), Buenos Aires, Ediar, 1989, pp. 197-250. Sobre la regulación actual, entre otros, Luna, Eduardo Fernando, "El Defensor del Pueblo", *Derecho constitucional de la reforma de 1994*, Mendoza-Buenos Aires, Depalma, 1995, tomo II, pp. 89-114; Gil Domínguez, Andrés, "El Defensor del Pueblo", en su libro *En busca de una interpretación constitucional. Nuevos enfoques sobre la reforma de 1994*, Buenos Aires, Ediar, 1997, pp. 221-235.

¹⁰³ Cfr. Aguilar Cuevas, Madgalena, *El Defensor del Ciudadano*. (Ombudsman), México, UNAM-Comisión Nacional de Derechos Humanos, 1991, pp. 113-138.

dígena del Estado de Oaxaca (1986); la *Procuraduría Social de la Montaña del Estado de Guerrero* (1987); la *Procuraduría de Protección Ciudadana del Estado de Aguascalientes* (1988); y la *Defensoría de los Derechos de los Vecinos de la Ciudad de Querétaro* (1988).¹⁰⁵

111. La evolución continuó con la *Procuraduría Social del Departamento del Distrito Federal*, creada por Acuerdo del Jefe de dicho Departamento, publicado en el *Diario Oficial* de la Federación del 25 de enero de 1989, cuyo Manual de Organización apareció en el propio *Diario Oficial* del 17 de julio del mismo año. El paso más importante en la institucionalización de los organismos no jurisdiccionales de tutela de los derechos humanos se dio con la creación de la *Comisión Nacional de Derechos Humanos* por Acuerdo Presidencial del 5 de junio de 1990 y cuyo Reglamento fue elaborado por el Consejo de dicha institución los días del 18 de junio al 9 de julio de ese año.

112. Si bien esta Comisión fue establecida como un órgano desconcentrado de la Secretaría de Gobernación y su titular era nombrado libremente por el Presidente de la República, al designarse como su primer presidente al conocido constitucionalista Jorge Carpizo, adquirió una notable independencia y realizó una labor excepcional, no sólo en cuanto a la investigación de reclamaciones individuales por violación de derechos fundamentales debido a la conducta de carácter administrativo de las autoridades públicas, sino que también desarrolló una dinámica actividad en cuanto a la promoción, enseñanza, capacitación y divulgación de los propios derechos humanos, así como una intensa labor editorial.¹⁰⁶

113. Una de las innovaciones de la organización de la citada Comisión Nacional, que se ha institucionalizado posteriormente en el ordenamiento mexicano, es la relativa a la creación de un Consejo integrado por 10 personas de elevada reputación y de diversas orientaciones sociales y políticas,

¹⁰⁴ Cfr. Barrera Graf, Jorge, "La Defensoría de los Derechos Universitarios. Análisis legal", *La Defensoría de los Derechos Universitarios de la UNAM y la institución del Ombudsman en Suecia*, México, UNAM, 1986, pp. 23-32; Carreras Maldonado, María y otros, *Defensoría de los Derechos Universitarios (Ombudsman de la UNAM)*, México, Cuadernos de Legislación Universitaria, 1993; *idem*, *Concordancias y comentarios del Estatuto y del Reglamento de la Defensoría de los Derechos Universitarios*, México, UNAM, 1992.

¹⁰⁵ Cfr. Madrazo Cuéllar, Jorge, *Derechos Humanos: el nuevo enfoque mexicano*, México, FCE, 1993, pp. 51-52.

¹⁰⁶ Cfr. Carpizo, Jorge, *Derechos Humanos y Ombudsman*, México, UNAM-Comisión Nacional de Derechos Humanos, 1993, pp. 11-29.

para asesorar al Presidente del citado organismo y fijar los lineamientos generales de la política que debe seguir la institución.

114. La extraordinaria labor realizada por este organismo tuvo efectos de gran trascendencia, puesto que dio a conocer la institución del *Ombudsman* en su labor de protección de los derechos humanos y, además, inició la formación de una cultura sobre de los derechos fundamentales que con anterioridad no existía, como lo demuestra el gran número de reclamaciones planteadas en los dos primeros años de labor de la propia Comisión. Una de las consecuencias más significativas fue el establecimiento de un ambiente propicio para la constitucionalización de este instrumento en un plazo muy corto, si tomamos en cuenta su reciente introducción.

115. De acuerdo con la reforma constitucional del 27 de enero de 1992, publicada al día siguiente en el *Diario Oficial* de la Federación, se adicionó el artículo 102 de la Constitución Federal (que en su primera parte reglamenta a la Procuraduría General de la República y al Ministerio Público federal que está bajo sus órdenes) con un apartado B, en cuya parte relativa se dispone: "El Congreso de la Unión y las legislaturas de los Estados en el ámbito de sus respectivas competencias, establecerán organismos de protección de los derechos humanos que otorga el orden jurídico mexicano, los que conocerán de quejas en contra de actos u omisiones de naturaleza administrativa provenientes de cualquiera autoridad o servidor público, con excepción del Poder Judicial de la Federación, que violen estos derechos. Formularán recomendaciones públicas autónomas, no vinculatorias y denuncias y quejas ante las autoridades respectivas..." Este precepto fue reglamentado por la Ley de la Comisión Nacional de Derechos Humanos expedida por el Congreso de la Unión y publicada en el *Diario Oficial* de la Federación el 29 de junio de 1992. El Reglamento de la propia Comisión fue aprobado por su Consejo y publicado en el *Diario Oficial* de la Federación el 12 de noviembre de ese año.¹⁰⁷

116. En forma muy breve se puede señalar que, de acuerdo con los citados ordenamientos, la Comisión Nacional se integra por el Presidente, designado por el titular del Ejecutivo Federal con aprobación

¹⁰⁷ Cfr. Rabasa Gamboa, Emilio, *Vigencia y efectividad de los derechos humanos en México. Análisis jurídico de la Ley de la CNDH*, México, Comisión Nacional de Derechos Humanos, 1992; Armienta Calderón, Gonzalo, *El Ombudsman y la protección de los derechos humanos*, México, Porrúa, 1992, pp. 237-273.

del Senado de la República (que es el procedimiento que se sigue con algunas variantes a partir de las reformas de 1995, las que establecen que el Presidente de la República presentará una terna de candidatos que deben comparecer ante el propio Senado Federal, el cual designa al magistrado con votación calificada, al igual que para el nombramiento de los ministros de la Suprema Corte de Justicia), por un periodo de cuatro años, con una posible reelección. También forman parte de la Comisión, de acuerdo con la experiencia del organismo mencionado anteriormente (véase *supra* párrafos 111 y 112), hasta cinco visitadores (actualmente se han designado tres), quienes realizan, a petición de parte o de oficio, las investigaciones de las quejas individuales, así como el personal técnico, profesional y administrativo necesario para el desempeño de las funciones del organismo. Además, como ya se ha asentado, por el mismo procedimiento de designación del Presidente (a propuesta del Jefe del Ejecutivo, con aprobación del Senado), se nombra el Consejo asesor, integrado, con carácter honorífico, por 10 personas de altos méritos y conocimiento de los derechos humanos, de diversos sectores sociales e ideológicos y de los cuales al menos siete no deben desempeñar cargo o comisión oficial alguna. Cada año cesa el más antiguo de los nombrados.

117. El mismo texto constitucional (véase *supra* párrafo 115) destaca implícitamente el carácter autónomo de los organismos protectores, en cuanto establece que los mismos deberán formular *recomendaciones públicas autónomas*.¹⁰⁸ Esta independencia se consigna claramente en la Ley Reglamentaria, no sólo por medio del procedimiento de designación del Presidente de la Comisión Nacional, como se señaló en el párrafo anterior, sino de manera expresa en el artículo 2o. de la Ley Orgánica, el cual dispone que: *La Comisión Nacional de Derechos Humanos es un organismo descentralizado (del Estado mexicano) con personalidad jurídica y patrimonio propios...*"

118. Por lo que se refiere a las *funciones* de la Comisión Nacional, éstas son muy amplias, pues la parte final del citado artículo 2o. de la Ley expresa que dicha Comisión: "... tiene por *objeto esencial la protección, observancia, promoción, estudio y divulgación de los derechos humanos previstos por el*

¹⁰⁸ Consideramos que esta redacción es confusa, pues en realidad la autonomía radica en la institución y no en las recomendaciones.

ordenamiento jurídico mexicano". De estas atribuciones la más significativa, como ocurre con los instrumentos tutelares que toman como modelo el *Ombudsman* de origen escandinavo, es la de realizar investigaciones, ya sea a petición de los afectados o de oficio, sobre las violaciones de los derechos humanos por parte de actos u omisiones de *carácter administrativo* de cualquier autoridad o funcionario público.

119. Es preciso recordar que el paradigma escandinavo se estableció y desarrolló con el propósito esencial de fiscalizar la actividad de las autoridades administrativas y, por extensión, la conducta de carácter administrativo de otras autoridades cuando afectasen los derechos e intereses legítimos de los administrados. Sin embargo, cuando se establecieron el Promotor de la Justicia de Portugal y el Defensor el Pueblo español (véase *supra* párrafo 96), debido a que estos países habían sufrido prolongadas dictaduras, su función esencial se centró en la protección de los derechos fundamentales, y por ello es que adquirieron el carácter de instrumentos de garantía constitucional y no exclusivamente de la legalidad. Dadas las constantes violaciones de derechos humanos por parte de los gobiernos autoritarios, en su mayoría de carácter castrense, que predominaron en Latinoamérica hace dos décadas y que afortunadamente han sido superados en los últimos años, no resulta extraño que en las Constituciones democráticas posteriores a dichos regímenes se hubiesen adoptado instrumentos protectores no jurisdiccionales de acuerdo con el modelo del *Ombudsman*, pero con el objetivo esencial, de acuerdo con el ejemplo de España y Portugal, de tutelar los derechos fundamentales.

120. Ése también fue el propósito esencial de la reforma constitucional del artículo 102, apartado B de la Carta Federal mexicana (véase *supra* párrafo 115), ya que los órganos que establece a nivel nacional y local tienen como propósito básico la protección de los derechos humanos que establece el ordenamiento jurídico mexicano; si bien la disposición constitucional no es precisa, al no señalar de manera exclusiva los derechos consagrados en la Carta Federal, la tutela se extiende de manera implícita también a los derechos establecidos en los tratados internacionales que han sido incorporados al derecho interno en los términos del artículo 133 constitucional, es decir, los ratificados por el Ejecutivo Federal y aprobados por el Senado Federal. El artículo 1o. del Reglamento de la Comisión Nacional de Derechos Humanos dispone de manera terminante que la tutela se extiende a los "...derechos humanos previstos por el orden ju-

rido mexicano y en los *instrumentos jurídicos internacionales que México ha ratificado*". A su vez, el artículo 6o. del mismo Reglamento agrega que:

"Para los efectos del desarrollo de las funciones de la Comisión Nacional, se entiende que los Derechos Humanos son los inherentes a la naturaleza humana, sin los cuales no se puede vivir como ser humano. En su aspecto positivo, son los que reconoce la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y los que se recogen en los pactos, los convenios y los tratados internacionales suscritos y ratificados por México".¹⁰⁹

121. El precepto constitucional excluye de manera expresa del conocimiento de los organismos mencionados, a los asuntos *jurisdiccionales, laborales y electorales*. La mención de estos aspectos no era indispensable, en virtud de que, como es bien sabido, los organismos similares al *Ombudsman* sólo conocen de la *materia administrativa*, pero como en México, por desconocimiento de la institución, algunas corrientes políticas pretendían que se incluyeran estos asuntos, fue necesario consignar expresamente dichas prohibiciones.

122. Aun cuando resulta clara la exclusión de los asuntos jurisdiccionales, ya que su examen corresponde a los tribunales, en cuya independencia no puede interferir el *Ombudsman*, existe discusión sobre la fiscalización respecto a las actividades administrativas de los propios tribunales. Aun cuando no existe una regla general al respecto en las diversas legislaciones que han consagrado la institución, prevalece el criterio de que esta fiscalización es posible, ya que no lesiona la independencia judicial, en virtud de que las investigaciones respectivas, al no culminar con resoluciones obligatorias, sirven de auxilio y apoyo a las funciones disciplinarias de los organismos jurisdiccionales.

123. Sin embargo, por carecer de una idea precisa de las funciones de estos organismos, la Suprema Corte de Justicia de México se opuso a la intervención de la Comisión Nacional de Derechos Humanos en el ám-

¹⁰⁹ Cfr. Fix-Zamudio, Héctor, "El derecho internacional de los derechos humanos en las Constituciones latinoamericanas y en la Corte Interamericana de Derechos Humanos", en la obra *El mundo moderno de los derechos humanos. Ensayos en honor de Thomas Buergenthal*, San José, Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1996, pp. 159-207; *idem*, "Ochenta años de evolución del juicio de amparo mexicano", en la obra coordinada por Emilio O. Rabasa, *Ochenta años de vida constitucional en México*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-Cámara de Diputados, LVII Legislatura, 1998, pp. 419-423.

bito judicial y, por ello, el precepto constitucional mencionado prohíbe la fiscalización del *Ombudsman* al Poder Judicial Federal. De acuerdo con el criterio que consideramos correcto y que ha seguido la Comisión Nacional en su composición actual, las Comisiones locales pueden realizar investigaciones sobre la conducta administrativa de los tribunales locales, y la Comisión Nacional en relación con otros tribunales federales que no forman parte de manera expresa del citado Poder Judicial Federal, en los términos del artículo 94 constitucional. Entre estos organismos jurisdiccionales se encuentra el Tribunal Fiscal de la Federación, la Junta Federal de Conciliación y Arbitraje, el Tribunal Federal de Conciliación y Arbitraje (este último resuelve los conflictos entre los empleados y funcionarios del Gobierno Federal y el del Distrito Federal y las dependencias respectivas), así como los Tribunales Federales Agrarios establecidos en 1992.¹¹⁰

124. El procedimiento que se sigue ante la Comisión Nacional de Derechos Humanos es muy flexible, con acceso directo de los afectados y de las Organizaciones No Gubernamentales de defensa de los derechos humanos, los que pueden hacerlo por cualquier medio de comunicación, con ratificación posterior. El artículo 4o. de la Ley Reglamentaria establece en lo conducente que: “Los procedimientos que se sigan ante la Comisión deberán ser *breves y sencillos*, y estarán sujetos sólo a las formalidades esenciales que requiera la documentación de los expedientes respectivos. Se seguirán además, de acuerdo con los principios de *inmediatez, concentración y rapidez*, y se procurará, en la medida de lo posible, el contacto directo con los quejosos, denunciantes y autoridades, para evitar la dilación de las comunicaciones escritas”.

125. El plazo preclusivo para acudir a la Comisión Nacional es de un año a partir de que se hubiese iniciado la ejecución de los hechos que se estimen violatorios, o de que el quejoso hubiese tenido conocimiento de los mismos. En casos excepcionales y tratándose de infracciones graves a los derechos humanos, la Comisión Nacional podrá ampliar dicho plazo mediante una resolución razonada. No contará plazo alguno cuando se trata de hechos que por su gravedad pueden ser considerados *violaciones de lesa humanidad* (artículo 26 de la Ley). En este último aspecto, segura-

¹¹⁰ Cfr. Fix-Zamudio, Héctor, “Algunas reflexiones sobre el *Ombudsman* y el Poder Judicial en México”, *El Ombudsman Judicial. Perspectivas internacionales*, México, Comisión Nacional de Derechos Humanos, 1993, pp. 187-221.

mente el legislador tomó en consideración lo dispuesto por la Convención de las Naciones Unidas sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad firmada el 26 de noviembre de 1968 y en vigor el 11 de noviembre de 1970, ya que el artículo 1o. inciso b) de dicho instrumento internacional dispone que deben considerarse crímenes de *lesa humanidad* los cometidos en tiempo de guerra como en tiempo de paz, según la definición dada por el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nüremberg del 8 de agosto de 1945, y confirmada por varias resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas, a los cuales se agregan la expulsión por ataque armado y ocupación y los actos inhumanos debido a la política del *Apartheid* (la que ha sido suprimida por las Constituciones de Sudáfrica de 1993 y la vigente de 1996) y la sanción del delito de genocidio, aun si estos actos no constituyen una violación al derecho interno del país en que fueron cometidos (como era el caso de la legislación anterior de Sudáfrica, ya derogada).¹¹¹

126. Una vez admitida la queja (que cuando se estima improcedente, se debe orientar al afectado para que acuda a la instancia competente), se procura la conciliación entre el peticionario y las autoridades, pero siem-pre dentro del respeto de los derechos humanos. Si no se logra, se sigue un procedimiento contradictorio, de carácter flexible, como se ha dicho, instruido por los visitadores, quienes formulan un proyecto, ya sea de recomendación o de acuerdo de no responsabilidad, que es revisado y suscrito, en su caso, por el Presidente de la Comisión. Cuando el procedimiento culmina con una recomendación, la cual no tiene carácter obligatorio, la autoridad respectiva debe comunicar a la Comisión en un plazo de 15 días si la acepta, y tiene otros 15 para entregar a la propia Comisión las pruebas del cumplimiento respectivo. Este último plazo puede ampliarse cuando la naturaleza de la recomendación así lo amerite (artículos 25 a 45 de la Ley Reglamentaria).

¹¹¹ El artículo 68 del Reglamento de la Comisión Nacional considera como casos en los cuales puede ampliarse el citado lapso de un año, las infracciones graves a los derechos fundamentales de la persona relativos a la libertad y a la vida, así como a la integridad psíquica y física, y por lo que respecta a las violaciones de "lesa humanidad", las define como aquellas que *atenen contra una comunidad o grupo social en su conjunto*.

127. La Comisión Nacional debe notificar de manera inmediata al promovente los resultados de la investigación, la recomendación respectiva, su aceptación y ejecución, o bien, en su caso, el acuerdo de no responsabilidad. La divulgación de las recomendaciones y acuerdos es muy amplia, puesto que el Presidente debe publicar en su totalidad o en forma resumida dichos documentos. Y así lo hace de manera periódica por conducto de la *Gaceta* informativa que aparece mensualmente y que es muy voluminosa por los numerosos datos que contiene. Además, dicha información se hace llegar de manera inmediata a los diversos medios de comunicación. Como lineamiento esencial de los organismos similares al *Ombudsman*, el Presidente de la Comisión Nacional debe rendir un informe anual, tanto al Congreso de la Unión como al titular del Ejecutivo Federal, sobre las actividades que haya realizado en el periodo respectivo, y deberá difundirlo en la forma más amplia posible para conocimiento de la sociedad (artículos 51 y 52 de la Ley).

128. Uno de los aspectos más significativos del informe anual, como ocurre con la mayoría de los organismos similares en los diversos ordenamientos, es que en él se pueden incluir propuestas dirigidas a las autoridades y servidores públicos competentes, tanto federales como locales y municipales, para promover la expedición o modificación de disposiciones legislativas y reglamentarias, así como para perfeccionar las prácticas administrativas correspondientes, con objeto de tutelar de manera más efectiva los derechos humanos de los gobernados y lograr una mayor eficiencia en la prestación de los servicios públicos (artículo 53 de la Ley).

129. A este respecto podemos destacar que desde el inicio de sus actividades como organismo desconcentrado y actualmente con carácter autónomo, y con apoyo en estudios en los que han intervenido destacados juristas mexicanos, la Comisión Nacional ha propuesto varias reformas legislativas y constitucionales que fueron acogidas en iniciativas presidenciales y aprobadas por el Congreso de la Unión con una mayoría significativa de votos. Sería difícil resumir estas reformas, pero varias de ellas se han traducido en un mejoramiento notable de la situación de los afectados en los procedimientos penales. Por ello de 1991 a 1993 se reformaron sustancialmente los Códigos Penal del Distrito Federal (aplicable en toda la República en materia federal) y de Procedimientos Penales federal y distrital; se expidió una nueva ley para prohibir la tortura; se modificaron los procedimientos del enjuiciamiento de menores;

se reformaron los artículos 16, 19 y 20 de la Carta Federal para establecer un equilibrio entre las funciones del ministerio público y los derechos de los detenidos y de las víctimas del delito, etcétera.¹¹²

130. Finalmente, cabe resaltar que la Comisión Nacional de Derechos Humanos, desde su fundación en 1990 como organismo desconcentrado y a partir de junio de 1992 como institución autónoma, ha desarrollado una intensa labor de promoción, estudio, capacitación y divulgación de los derechos humanos que se ha traducido en cursos, conferencias y reuniones, así como en una intensa actividad editorial de gran significación, la que ha contribuido en no poca medida a lograr el conocimiento de los derechos humanos del ordenamiento mexicano y su defensa tanto ante los organismos similares al *Ombudsman* como ante los tribunales y las autoridades administrativas.¹¹³

131. Por otra parte, debe señalarse que la reforma constitucional de 1992 regula también a los organismos que deben crear las legislaturas locales de acuerdo con su competencia, y se estableció el plazo de un año contado a partir de la publicación del Decreto respectivo (28 de enero de 1992) para cumplir con el mandato constitucional. Por tanto, en la actualidad funcionan además de la Comisión Nacional, 32 Comisiones locales, de las cuales 31 corresponden a los Estados y una al Distrito Federal.¹¹⁴

132. Las leyes reglamentarias expedidas por las legislaturas locales sigue el modelo de la Ley de la Comisión Nacional, con algunos aspectos peculiares. Los Presidentes de dichas comisiones son designados generalmente por los Gobernadores de los Estados con aprobación del Congreso local (en la misma forma en que son nombrados los magistrados de los tribunales superiores respectivos). En el caso del Distrito Federal, el Presidente es propuesto por el Jefe del Ejecutivo Federal y aprobado por la

¹¹² Cfr. Madrazo Cuéllar, Jorge, *Derechos Humanos; el nuevo enfoque mexicano*, cit., *supra* nota 105, pp. 215-259; Carpizo, Jorge, *Derechos humanos y Ombudsman*, cit., *supra* nota.106, pp. 51-145.

¹¹³ Cfr. López Chavarría, José Luis y otros, *Evolución normativa de la Comisión Nacional de Derechos Humanos*, México, Comisión Nacional de Derechos Humanos, 1993.

¹¹⁴ Cfr. García Sánchez, Antonio y otros, *Sistema de protección no jurisdiccional de los derechos humanos*, México, Comisión Nacional de Derechos Humanos, 1994; Roccatti, Mireille, *Los derechos humanos y la experiencia del Ombudsman en México*, Toluca, Comisión de Derechos Humanos del Estado de México, 1995; Fernández Ruiz, Jorge, *Compilación de leyes de los organismos públicos de protección y defensa de los derechos humanos*, México, Comisión Nacional de Derechos Humanos, 1997.

Asamblea Legislativa del propio Distrito (artículo 9o. de la Ley Orgánica publicada el 23 de junio de 1993).¹¹⁵ Por tal motivo, puede afirmarse, sin exageración, que el ordenamiento mexicano regula actualmente uno de los sistemas autónomos no jurisdiccionales de protección de los derechos humanos de la mayor amplitud.¹¹⁶

V. CONCLUSIONES

133. De las breves reflexiones que hemos hecho anteriormente, podemos llegar a las siguientes conclusiones:

134. *Primera.* En las ocho décadas contadas a partir de la promulgación de la Constitución Federal del 5 de febrero de 1917, la que actualmente se encuentra en vigor con numerosas reformas, el control de la constitucionalidad ha evolucionado de manera notable. En el texto original aprobado por el Constituyente de Querétaro (que recoge el desarrollo de esta materia a partir de las Cartas Federales de 1824 y 1857), se regulan cuatro garantías constitucionales, en su mayor parte inspiradas en el derecho público de los Estados Unidos. En efecto, en dicha Ley Fundamental se consagraron: a) el juicio político de responsabilidad de los altos funcionarios de la Federación y de las entidades federativas (estos últimos por violación de la Carta Federal), los que estaban dotados de inmunidad procesal relativa, calificada como “fuero constitucional” (artículo 111); b) las controversias constitucionales entre la Federación y los Estados, éstos entre sí, y los poderes de un mismo Estado sobre la constitucionalidad de sus actos, así como aquellos en los que la Constitución fuese parte (artículo 105); c) el procedimiento de investigación de la Suprema Corte de Justicia (artículo 97, párrafo tercero), y d) el juicio de amparo (artículos 103 y 107).

135. *Segunda.* Estos cuatro instrumentos de solución de conflictos constitucionales experimentaron varias modificaciones, algunas sustanciales. El juicio político en 1982 está consagrado ahora esencialmente en el artículo 110 constitucional; las controversias constitucionales en diciembre de 1994, ya que se amplió de manera considerable su materia, pues no

¹¹⁵ Cfr. Fix-Zamudio, Héctor, *Comentarios a la Ley de la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal*, 2a. ed., México, Porrúa, 1996.

¹¹⁶ Cfr. Madrazo Cuéllar, Jorge, *El Ombudsman criollo*, México, Comisión Nacional de Derechos Humanos, 1996.

sólo se incluyeron a los municipios entre las entidades legitimadas para plantearlas, sino también los llamados “conflictos de atribución”, sobre la competencia constitucional de los órganos legislativos y ejecutivos tanto de la Federación como de las entidades federativas, incluyendo a los del Distrito Federal, ahora en el artículo 105, fracción I, de la Carta Federal; el procedimiento de investigación de la Suprema Corte de Justicia en diciembre de 1977, con alguna modificación posterior y en la actualidad está comprendido en el artículo 97, párrafos segundo y tercero; y el juicio de amparo en varias ocasiones, especialmente en 1928, 1934, 1951, 1968, 1988 y 1994, y está regulado todavía por los artículos constitucionales 103 y 107. 136. *Tercera.* Hasta enero de 1992 cuando se introdujeron los organismos no jurisdiccionales de protección de los derechos humanos, de los cuatro instrumentos iniciales de control constitucional establecidos en la Carta de 1917, todo el peso de la tutela de las normas constitucionales se había concentrado casi exclusivamente en el derecho de amparo, que se había introducido en la Constitución Federal de 1857 (artículos 101 y 102), con el propósito de tutelar los derechos humanos, primero individuales en esa Carta, y después de 1917 también de carácter social, y de manera indirecta las esferas de competencia de la Federación y de las entidades federativas, siempre que hubiese la afectación de la esfera jurídica de los particulares. Los otros tres instrumentos o no habían sido aplicados, como el juicio político, o lo habían sido en forma muy esporádica como las controversias constitucionales (el único fallo sobre el fondo se dictó en 1932 en el llamado caso Oaxaca) o el procedimiento de investigación del más alto tribunal del país.

137. *Cuarta.* Las reformas constitucionales más recientes reforzaron considerablemente el control de la constitucionalidad en el derecho mexicano, ya que se crearon cuatro garantías constitucionales adicionales a las ya existentes. Efectivamente, en las reformas constitucionales y legales de 1994 y 1995, se introdujo una nueva institución que podemos denominar “acción abstracta de inconstitucionalidad”, inspirada en el derecho constitucional europeo, con objeto de legitimar a las minorías legislativas, (33% de sus integrantes), para impugnar las leyes aprobadas por la mayoría en la esfera federal o local, así como al Procurador General de la República. Esta acción que inicialmente se prohibía para impugnar las leyes electorales, fue extendida a éstas en las reformas de agosto de 1996, pero sólo puede ser promovida por las dirigencias de los partidos políticos nacionales y locales (artículo 105, fracción II, de la Carta Federal). En estas mismas reformas de 1995, como se señaló en la conclusión

anterior, se amplió de manera considerable la esfera de aplicación de las controversias constitucionales. En las citadas modificaciones de 1996, se consagraron dos instrumentos más: el juicio de protección de los derechos político-electorales de los ciudadanos y el juicio de revisión constitucional electoral (en contra de las autoridades electorales de carácter local) (artículo 99 constitucional, fracciones IV y V), los cuales se pueden promover ante el Tribunal Electoral incorporado al Poder Judicial Federal (artículo 94 constitucional). Finalmente, con anterioridad a estos últimos, en enero de 1992, se introdujeron los organismos autónomos no jurisdiccionales de protección de los derechos humanos inspirados en el modelo escandinavo del *Ombudsman*, que han recibido el nombre de Comisiones de Derechos Humanos.

138. *Quinta*. El significado actual del control constitucional en el ordenamiento mexicano se apoya en los ocho instrumentos de garantía que hemos señalado anteriormente. Con exclusión del juicio político y del procedimiento de investigación de la Suprema Corte de Justicia, que poseen escasa importancia en la realidad política de nuestro país, los otros, no obstante su reciente introducción han reforzado y vigorizado de manera considerable la función de solución de conflictos constitucionales, que por muchos años se realizó en forma limitada por medio del juicio de amparo. Aun cuando los resultados de estos instrumentos todavía son iniciales, salvo la intensa labor de promoción y tutela de los derechos humanos que han desarrollado las Comisiones de Derechos Humanos, sin embargo son muy positivos en cuanto a la posibilidad de encauzar dichos conflictos, cuando tienen naturaleza jurídica, a soluciones de carácter jurisdiccional, que son las que actualmente tienen preeminencia en el derecho constitucional de nuestra época, inclusive en varios ordenamientos latinoamericanos. El adelanto que se observa en esta materia es impresionante, pero todavía se requiere de un mayor avance en un futuro próximo, a fin de que en esta materia el derecho mexicano tenga los instrumentos suficientes para enfrentar los desafíos del nuevo milenio que está por llegar.

INTRODUCCIÓN AL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Derecho procesal constitucional*. III. *Derecho constitucional procesal*. IV. *Defensa de la Constitución y garantías constitucionales*. V. *Evolución de las garantías constitucionales*. VI. *Contenido del derecho procesal constitucional*. VII. *Derecho procesal constitucional mexicano*. VIII. *Conclusiones*.

I. INTRODUCCIÓN

1. En los años que siguieron a la segunda posguerra, se presentó un intenso desarrollo legislativo, jurisprudencial y doctrinal sobre uno de los temas de mayor trascendencia en el campo del derecho público de nuestra época, es decir, la materia que ha recibido las diversas denominaciones de *defensa*, *control*, *justicia*, *jurisdicción* y *derecho procesal*, todo ello con el calificativo de “*constitucional*”. Por supuesto que existen matices entre estos nombres, ya que, como veremos más adelante, la defensa constitucional comprende instituciones tanto sustantivas como instrumentales (véase *infra* párrafos 72 a 74). El control constitucional también es bastante amplio, puesto que abarca instrumentos jurídicos y políticos de resolución de conflictos derivados de la aplicación de las normas fundamentales, en tanto que jurisdicción constitucional es el concepto menos extenso, en cuanto comprende la decisión de dichos conflictos por medio de tribunales en sentido estricto.¹ Sin embargo, hasta hace poco tiempo se ha utilizado

* Publicado en *Memoria de El Colegio Nacional*, 1997, México, 1998, pp. 27-84.

¹ Cfr. García Belaúnde, Domingo, y Fernández Segado, Francisco (compiladores), *Jurisdicción constitucional en Iberoamérica*, Madrid, Dykinson, 1997.

con mayor frecuencia la denominación de “justicia constitucional”, que posee una amplitud intermedia.²

3. Lo cierto es que en la actualidad existe un amplio debate sobre la denominación que debe dársele a la disciplina científica que estudia los instrumentos establecidos en los diversos ordenamientos jurídicos para la resolución de los conflictos o controversias de carácter estrictamente constitucional, ya sea que dicha decisión se encomiende a tribunales especializados en sentido propio, o bien aquellos de mayor jerarquía o inclusive a los jueces ordinarios, al menos en sus primeras etapas. Para el destacado constitucionalista francés Louis Favoreu, uno de los más distinguidos cultivadores de esta materia, “un tribunal constitucional es una jurisdicción creada para conocer especial y exclusivamente en materia de lo contencioso constitucional, situada fuera del aparato jurisdiccional ordinario e independiente tanto de éste como de los poderes públicos”, y agrega, “un tribunal supremo, o incluso la cámara constitucional de un tribunal supremo pueden ser jurisdicciones constitucionales, pero no son tribunales constitucionales”.³

4. Claro que esa discusión tiene carácter predominantemente metodológico, ya que las diversas denominaciones que hemos señalado anteriormente (véase *supra* párrafo 1) pueden ser utilizadas, y de hecho lo son, para comprender el análisis de los diversos instrumentos y órganos de solución de los citados conflictos constitucionales, pero consideramos que resulta conveniente acotar el estudio de esta materia, especialmente cuando se pretende precisar de manera sistemática los conceptos, principios e instituciones que conocen y resuelven dichos conflictos, es decir con un criterio científico. La disciplina que se ocupa del estudio de los órganos y de las normas procesales que deciden controversias de carácter constitucional es relativamente reciente, pues si bien han existido instrumentos e instituciones de resolución de este tipo de conflictos desde hace bastante tiempo si pensamos en la revisión judicial estadounidense, y los ordenamientos que se inspiraron en ella, no fue sino hasta los años treinta de este siglo cuando surgió la preocupación por su análisis científico, es-

² Cfr. Fix-Zamudio, Héctor, *Veinticinco años de evolución de la justicia constitucional (1940-1965)*, México, UNAM, 1968, especialmente pp. 12-18; Cappelletti, Mauro, *La justicia constitucional. (Estudios de derecho comparado)*, México, Facultad de Derecho, UNAM, 1987.

³ *Los tribunales constitucionales*, trad. de Vicente Villacampa, Barcelona, Ariel, 1994, p. 13.

pecialmente con motivo de la conocida controversia entre Carl Schmitt y Hans Kelsen sobre el órgano “protector” o “defensor” de la Constitución.⁴

5. Tenemos la convicción de que el punto de partida más adecuado para ese análisis sistemático debe fundamentarse en la disciplina genérica conocida como “teoría o doctrina general”, del “proceso” o del “derecho procesal”, como una creación del llamado “procesalismo científico”, que surgió en Alemania y en Italia en la segunda mitad del siglo pasado y que ha evolucionado en forma impresionante hasta la actualidad, y que, como lo señaló el notable procesalista italiano Salvatore Satta, contribuyó a la reelaborar, en relación con el proceso, todos los grandes problemas de la teoría general del derecho.⁵ Debido a la extensión de este trabajo no pretendemos abordar las distintas concepciones sobre la teoría o doctrina general del proceso, o del derecho procesal, y únicamente partiremos de una noción preliminar, de acuerdo con la cual la concebimos como la sistematización de los conceptos, principios e instituciones comunes a todas las ramas de enjuiciamiento, estudiadas de manera unitaria y que conforman las instituciones fundamentales de toda disciplina procesal. No desconocemos que en cada una de las ramas del extenso campo del derecho procesal existen matices y modalidades peculiares, pero que no contradicen los lineamientos generales.

6. También debemos estar conscientes de que la independencia de las diversas disciplinas procesales respecto del derecho sustantivo es relativamente reciente, y que ese desprendimiento ha sido paulatino, comenzando por los derechos procesal civil y penal, y sólo posteriormente los derechos procesales administrativo, del trabajo, agrario, etcétera, y una de las ramas más modernas, si no es que debe considerarse la más actual, es precisamente el *derecho procesal constitucional*.

⁴Cfr. Schmitt, Carl, *La defensa de la Constitución (Der Hüter der Verfassung)*, trad. de Manuel Sánchez Sarto, Barcelona, Labor, 1931, reimpresión en Madrid, Tecnos, 1983, con un excelente prólogo de Pedro de Vega García; Kelsen, Hans, *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución? (Wer soll der Hüter der Verfassung sein?)*, trad. de Roberto J. Brie, Madrid, Tecnos, 1995 (del original publicado en alemán en 1931); con un estudio preliminar de Gasió, Guillermo, pp. IX-XLIII. Véase, además, Herrera, Carlos Miguel, “La polémica Schmitt-Kelsen sobre el guardián de la Constitución”, *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, núm. 86, octubre-di-ciembre de 1994, pp. 195-227.

⁵“Della procedura civile al diritto processuale civile”, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milán, marzo de 1964, p. 31.

7. En la doctrina no existe consenso sino, por el contrario, un debate sobre el contenido de esta disciplina de carácter procesal. En efecto, algunos autores le dan una extensión muy amplia, ya que consideran que debe comprender el análisis de todas las normas fundamentales que regulan instituciones de carácter adjetivo. En esta dirección, el destacado constitucionalista peruano Domingo García Belaúnde considera que abarca el estudio de las categorías procesales insertas en la Carta Fundamental, y si bien se trata de una rama del derecho procesal, todavía no se deslinda por completo del derecho constitucional, y comprende el análisis de jurisdicción, garantías, proceso y órganos, todos ellos de naturaleza constitucional.⁶ Un criterio similar es el adoptado por el notable constitucionalista argentino Germán J. Bidart Campos, quien sostiene que el derecho procesal constitucional o derecho constitucional procesal, muy vinculado a la jurisdicción constitucional, "sintéticamente es el que regula el proceso constitucional y tiene por objeto la materia constitucional".⁷

8. El conocido tratadista argentino Osvaldo Alfredo Gozaíni otorga al derecho procesal constitucional un ámbito todavía más extenso, pues no sólo comprende las llamadas garantías constitucionales, sino también las instituciones procesales reguladas por las normas fundamentales, entre ellas los derechos de acción y del debido proceso.⁸

9. En realidad, la imprecisión que se advierte en esta materia se debe a la estrecha vinculación que en ella existe entre el derecho constitucional por una parte, y el procesal por la otra, y aun cuando los autores antes señalados niegan expresa o implícitamente que existan dos disciplinas, una del campo procesal y la otra en el constitucional (pero ambas en una situación de confluencia), lo cierto es que la única forma de delimitar ambas materias, es la consideración de que pueden configurarse dos sectores de estudio, uno que podemos calificar como "derecho procesal constitucional" en sentido estricto, y el otro "derecho constitucional procesal", como lo señalaremos más adelante (véase *infra* párrafo 11).

⁶"Sobre la jurisdicción constitucional", en la obra compilada por Aníbal Quiroga León, con el mismo nombre de *Sobre la jurisdicción constitucional*, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial, 1990, pp. 33-37.

⁷*La interpretación y el control constitucionales en la jurisdicción constitucional*, Buenos Aires, Ediar, 1987, pp. 257-260.

⁸*El derecho procesal constitucional y los derechos humanos. (Vínculos y autonomías)*, México, UNAM, 1995, pp. 77-89.

10. Son varios los tratadistas, tanto del campo del derecho constitucional como del derecho procesal, que se adhieren a nuestro punto de vista de las dos disciplinas, y entre ellos podemos mencionar al colombiano Ernesto Rey Cantor,⁹ y el peruano Elvito A. Rodríguez Domínguez. Este último considera que “el derecho procesal constitucional es aquella disciplina que se ocupa del estudio de las garantías constitucionales, las que consisten en instrumentos procesales, que sirven para efectivizar el respeto de la jerarquía normativa que señala la Constitución y el respeto y cumplimiento de los derechos humanos que la Carta Magna establece”.¹⁰

II. EL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL

11. Debido a la diversidad de conceptos que existen sobre esta disciplina, haremos el intento de precisar tanto su estructura como su contenido, en la inteligencia de que únicamente pretendemos hacer más fácil la explicación, y no una separación rígida que sea rebasada por la realidad. En primer lugar, debemos partir de la idea de que existen dos disciplinas que hemos denominado “derecho procesal constitucional” y “derecho constitucional procesal”, como lo señalamos anteriormente. Aun cuando dichos nombres parecen un juego de palabras, como lo considera Domingo García Belaúnde,¹¹ no lo es, porque la primera es un sector del derecho procesal y la otra del constitucional, aun cuando ambas son estudiadas por cultivadores de las dos ramas de las ciencias jurídicas, debido a su carácter limítrofe, pero no poseen el mismo contenido, sino diferente, aun cuando tengan su fuente en las normas constitucionales.

12. En efecto, el derecho procesal constitucional tiene como objeto esencial el análisis de las garantías constitucionales en sentido actual (véase

⁹ *Introducción al derecho procesal constitucional. (Controles de constitucionalidad y legalidad)*, Cali, Colombia, Universidad Libre, 1994, pp., 25-33. Este autor define el derecho procesal constitucional, como “un conjunto de normas jurídicas contenidas en la Constitución y la ley, que regulan las actuaciones y procesos constitucionales, cualquiera que sean los órganos encargados de preservar la supremacía de la Constitución”, p. 29.

¹⁰ *Derecho procesal constitucional*, Lima, Grijley, 1997, pp. 9-31, especialmente p. 17.

¹¹ “Sobre la jurisdicción constitucional”, cit., *supra* nota 6, p. 36, autor que sostiene que aparte de parecer un juego de palabras daría entender la existencia de dos disciplinas con un mismo objeto.

infra párrafo 74), es decir, los instrumentos predominantemente procesales que están dirigidos a la reintegración del orden constitucional, cuando el mismo ha sido desconocido o violado por los órganos del poder.¹² El que se puede calificar como “derecho constitucional procesal” examina de manera distinta las instituciones procesales desde el ángulo y las perspectivas del derecho constitucional, debido a que las constituciones contemporáneas, especialmente las surgidas en esta segunda posguerra, han elevado a la jerarquía de normas fundamentales a varias instituciones de carácter procesal, y si bien es verdad que, con anterioridad, algunas de ellas ya figuraban en las Cartas constitucionales clásicas, lo eran en forma aislada, en tanto que la actualidad existe la conciencia de otorgar rango constitucional a las categorías procesales de mayor importancia.¹³

13. Como las dos disciplinas que hemos mencionado tienen por objeto el examen sistemático, pero desde distintas perspectivas, de instituciones procesales, ambas se entrecruzan de manera constante, por lo que deben considerarse como estudios de frontera y confluencia, lo que requiere de una constante colaboración de los cultivadores de las mismas. Debido a lo anterior, en el Primer Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, efectuado en la ciudad de México durante los días 25 a 30 de agosto de 1975, se aprobó, como la primera de sus conclusiones, la recomendación de que: “Es necesaria una mayor aproximación entre los constitucionalistas y los cultivadores del procesalismo científico, con objeto de estudiar con mayor profundidad y en forma integral las materias que corresponden a las zonas de confluencia entre ambas disciplinas y que tienen relación directa con la función del organismo judicial”.¹⁴

14. Para concentrarnos en el derecho procesal constitucional, debemos recordar la aclaración de que los instrumentos y órganos de solución de controversias constitucionales son muy anteriores a su análisis científico,

¹² Cfr. Fix-Zamudio, Héctor, *Veinticinco años de evolución de la justicia constitucional*, cit., *supra* nota 2, pp. 17-18.

¹³ Cfr. Fix-Zamudio, Héctor, “Reflexiones sobre el derecho constitucional procesal mexicano”, en el libro del mismo autor, *Justicia constitucional, Ombudsman y derechos humanos*, 1a. reimpresión, México, Comisión Nacional de Derechos Humanos, 1997, pp. 357-358.

¹⁴ En el volumen *Función del Poder Judicial en los sistemas constitucionales latinoamericanos*, México, UNAM, 1977, p. 201.

que es relativamente reciente. Algunos autores cuestionan¹⁵ la afirmación del ilustre procesalista español Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, en el sentido de que el fundador de esta disciplina fue el notable jurista austriaco Hans Kelsen.¹⁶ Hemos sostenido anteriormente (véase *supra* párrafo 4) que las instituciones y organismos de solución de conflictos constitucionales son muy anteriores a su estudio sistemático, y para ello podemos invocar la revisión judicial estadounidense que se consolidó en los primeros años del siglo XIX, especialmente con el conocido caso *Marbury versus Madison*, resuelto por la Corte Suprema Federal de los Estados Unidos y redactado por su Presidente John Marshall en 1803¹⁷. La paternidad de Kelsen en cuanto a la nueva disciplina, sin ser un cultivador del procesalismo científico, no se debe a la promoción para el establecimiento de la Corte Constitucional en la Constitución austriaca de 1920 (con lo cual se le considera, además, el fundador del sistema de control constitucional calificado como "austriaco" o constitucional europeo), sino por haber establecido los lineamientos, principios e instituciones del derecho procesal constitucional, en sus aspectos genéricos, que con anterioridad, salvo casos aislados, no se había estudiado de manera sistemática.¹⁸

¹⁵ Especialmente Sagüés, Néstor Pedro, en el capítulo I, "Derecho procesal constitucional", en su libro *Recurso extraordinario*, Buenos Aires, Depalma, 1984, tomo I, p. 11, quien considera que si el derecho procesal constitucional se nutre no sólo de la doctrina kelseniana de la pirámide jurídica, sino también de los conocidísimos "procesos constitucionales" de hábeas corpus, amparo "*writ of error*" y demás engranajes procesales destinados a tutelar las garantías constitucionales y el principio de supremacía constitucional, "resultaría desacertado atribuirle a Hans Kelsen una paternidad que históricamente no le correspondería".

¹⁶ *Proceso, autocomposición y autodefensa*, 3a. ed., México, UNAM, 1991, p. 215.

¹⁷ La traducción al castellano de esta clásica sentencia puede consultarse, en *Revista Mexicana de Derecho Público*, México, 1947, pp. 331-343; Fix-Zamudio, Héctor, *La protección jurídica y procesal de los derechos humanos ante las jurisdicciones nacionales*, Madrid, UNAM-Civitas, 1982, pp. 80-89.

¹⁸ Esta construcción doctrinal se inició con el clásico estudio del propio fundador de la Escuela de Viena, "La garantie juridictionnelle de la Constitution. (La justice constitutionnelle)", *Revue de Droit Public et de la Science Politique en France et à l'Étranger*, París, 1928, pp. 52-143; publicado posteriormente en *Annuaire de l'Institut de Droit Public*, 1929, pp. 52-143, este último traducido al castellano por Rolando Tamayo y Salmorán, "La garantía jurisdiccional de la Constitución. (La justicia constitucional)", *Anuario Jurídico*, I, México, 1974, pp. 471-515.

15. No existe, en nuestro concepto, duda sobre el encuadramiento de la ciencia del derecho procesal constitucional en el campo del derecho procesal, y por ello estamos de acuerdo con el destacado jurista español Jesús González Pérez, cuando sostiene que “que sólo empleando la técnica propia del derecho procesal podrán replantearse correctamente, y en consecuencia, resolverse felizmente, los problemas que plantean las normas reguladoras del proceso constitucional”.¹⁹

16. Desde el punto de vista genérico, observamos que existen dos sistemas de solución de conflictos constitucionales, ya que tradicionalmente, y en especial a partir de la Revolución francesa, los jueces, considerados como simples aplicadores mecánicos de las disposiciones legislativas, no estaban facultados para desaplicar las propias disposiciones que se consideraban contrarias a los preceptos de carácter constitucional (lo que les estaba prohibido de manera expresa), y así se desvirtuó el principio jurídico de la supremacía de la Constitución Política como fundamento de validez de todo el ordenamiento jurídico, y se le confirió un simple valor político, que debía tutelarse por instrumentos y órganos también de naturaleza política. Por lo contrario, en la Carta Fundamental de los Estados Unidos de 1787, y con precedentes en la legislación de las colonias inglesas en América, se impuso el principio contrario, desarrollado después por la jurisprudencia de la Corte Suprema, por el cual los jueces de todas las categorías poseen no sólo la atribución sino también la obligación de desaplicar, en los procesos concretos de los cuales conocen, las disposiciones legales que consideren contrarias a la Constitución Federal.²⁰

17. De esta manera se han desarrollado dos sistemas diversos. En el primero, denominado *austriaco* o *continental europeo*, se impuso el criterio de que los jueces y tribunales ordinarios no pueden conocer ni decidir cuestiones de inconstitucionalidad,²¹ debido a la influencia determinante de Juan Jacobo Rousseau, quien postuló la supremacía del órgano legislativo como representante de la voluntad general,²² y de Carlos Luis de

¹⁹ *Derecho procesal constitucional*, Madrid, Civitas, 1980, pp. 50-51.

²⁰ Cfr. García de Enterría, Eduardo, *La Constitución como norma jurídica, y el Tribunal Constitucional*, Madrid, 1980.

²¹ Cfr. Fix-Zamudio, Héctor, “La justicia constitucional en América Latina”, en su libro *Justicia constitucional, Ombudsman y derechos humanos*, cit., *supra*, nota 13, 1997, pp. 67-68.

²² *El contrato social*, trad. de Enrique de la Rosa, Buenos Aires, Los Libros del Mirasol, 1961, pp. 177-178, libro II, capítulo VI.

Secondat, barón de Montesquieu, el cual consideraba al juez como un aplicador mecánico de la ley.²³

18. El otro modelo que podemos calificar como *americano*, no sólo por haber surgido en los Estados Unidos, sino por ser el que ha predominado en el continente americano desde Canadá hasta Argentina, aun cuando con varias modalidades. De acuerdo con este paradigma, todos los jueces y tribunales pueden decidir sobre la constitucionalidad de los actos de autoridad, especialmente respecto de las disposiciones legislativas. En América Latina, por influencia del ordenamiento constitucional estadounidense se ha impuesto con algunas excepciones, la facultad de los jueces ordinarios, o al menos algunos de ellos, para conocer y decidir las cuestiones de constitucionalidad.²⁴

19. Si pretendemos presentar una visión esquemática de este sistema llamado americano, podemos afirmar que sus elementos consisten en facultar al órgano judicial en su conjunto, sin importar su jerarquía, para resolver las cuestiones de constitucionalidad, por lo que se le ha calificado como difuso, siempre y cuando la cuestión respectiva sea planteada por las partes o por el juez que conozca de una controversia concreta, lo que de manera incorrecta se ha calificado como “vía de excepción”, pero que los procesalistas italianos han denominado, con mejor técnica, como “cuestión prejudicial”,²⁵ si se toma en cuenta que el problema de la inconstitucionalidad debe considerarse como un aspecto incidental (desde el punto de vista procesal) de la controversia principal en la cual se plantea.

20. El segundo modelo que, como hemos afirmado, recibe la denominación de *austriaco* o *continental europeo* (por la influencia que ha tenido sobre los tribunales constitucionales europeos), se caracteriza por encomendar a un órgano especializado, denominado Corte o Tribunal Constitucional, cuya naturaleza todavía se debate (aun cuando en lo personal

²³ *El espíritu de las leyes*, trad. de Nicolás Estévez y Matilde Huici, Buenos Aires, El Ateneo, 1941, p. 209, libro XI, capítulo VI.

²⁴ Cfr. Cappelletti, Mauro, *Judicial Review in the Contemporary World*, Indianápolis-Kansas City-Nueva York, Bobbs-Merryl, 1971, pp. 36-40; *idem*, *La justicia constitucional. (Estudios de derecho comparado)*, México, UNAM, 1987, pp. 57-97; Eder, Phanor J., “Judicial Review in Latin America”, *Ohio Law Journal*, otoño de 1960, pp. 571-572; Grant, J. A. C., *El control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes*, México, UNAM, 1963, cuyo subtítulo es precisamente: “Una contribución de las Américas a la ciencia política”.

²⁵ Cfr. Cappelletti, Mauro, *La pregiudizialità costituzionale nel processo civile*, Milán, Giuffrè, 1957, pp. 50-59.

consideramos que realiza funciones jurisdiccionales),²⁶ para decidir 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 constitucionalidad de las disposiciones aplicables, 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.²⁷

21. De acuerdo con lo anteriormente expuesto, si se examinan en forma abstracta las dos categorías, sistemas o modelos señalados, descubrimos que cada uno de ellos contiene teóricamente las características contrarias del otro, como lo puso de relieve de manera penetrante el notable procesalista florentino Piero Calamandrei, cuando afirmó que los lineamientos del binomio aparecen de ordinario agrupados según cierta necesidad lógica, de modo que el control judicial, es decir, el americano es necesariamente *difuso, incidental, especial y declarativo*, y a la inversa, el que dicho tratadista califica como “autónomo”, es decir el austriaco, es *concentrado, principal, general y constitutivo*.²⁸

22. En la práctica estos elementos aparecen matizados, y si bien el predominio de varios de ellos nos permite calificar a un sistema de americano o de austriaco, no podemos considerarlos en forma pura, en virtud de que existe la tendencia hacia su combinación por medio de sistemas que utilizan las ventajas de ambos y eluden los inconvenientes de una estructura rígida, y así han surgido los llamados “sistemas mixtos” que, como veremos más adelante, se han introducido de manera creciente en América Latina.²⁹

²⁶ Cfr. Fix-Zamudio, Héctor, “El juez ante la norma constitucional”, en el libro del propio autor, *Justicia constitucional, Ombudsman y derechos humanos*, cit., *supra* nota 13, pp. 37-47.

²⁷ Cfr. Cappelletti, Mauro, *Judicial Review in the Contemporary World*, cit., *supra* nota 24, pp. 85-96.

²⁸ “La illegittimità costituzionale delle leggi nel processo civile”, *Opere giuridiche*, del mismo autor, Nápoles, Morano, 1968, tomo III, p. 350.

²⁹ Cfr. Brewer Carías, Allan R., *Judicial Review in Comparative Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 1989, pp. 264-326.

23. El paradigma del órgano jurisdiccional especializado establecido por la Constitución austriaca de 1920 (cuya Corte Constitucional fue suprimida en 1934, pero restablecida en 1945, al terminar la Segunda Guerra Mundial) tuvo repercusión en la primera posguerra, e inclusive se le adelantó unos meses la Carta Constitucional de Checoslovaquia del 29 de febrero de 1920 (la Constitución austriaca se promulgó el 1 de octubre de ese mismo año), la que también introdujo una Corte Constitucional, y además debe citarse al Tribunal de Garantías Constitucionales, establecido por la Constitución española republicana promulgada en diciembre de 1931.³⁰

24. En la segunda posguerra, el modelo de la Carta Federal austriaca y su Corte Constitucional se extendió de manera considerable, si se toma en consideración que, además del tribunal especializado austriaco, que como se ha dicho fue restablecido en 1945, se crearon Tribunales o Cortes Constitucionales en las Cartas Fundamentales de Italia (1948); República Federal de Alemania (1949); Turquía (1961-1982); en la antigua Yugoslavia (1963-1974); Portugal (1966-1982); España (1978); Bélgica (1980, denominado Tribunal de Arbitraje), y en esa misma dirección se puede mencionar el Consejo Constitucional francés, que se inició como un órgano político, pero que en la actualidad la doctrina considera que realiza funciones predominantes de jurisdicción constitucional.³¹ La materia de conocimiento de dichos tribunales es muy amplia, pues deciden conflictos de competencia y de atribución entre los diversos órganos políticos, así como controversias entre las entidades centrales y regionales o federativas, especialmente en cuanto la constitucionalidad de preceptos legislativos, pero una de sus atribuciones más importantes ha consistido en la protección de los derechos humanos, tanto los consagrados en las Cartas Fundamentales como en los tratados internacionales.³²

25. En años recientes, el paradigma europeo continental ha tenido influencia considerable, en especial en los ordenamientos constitucionales de los países de Europa del Este, que anteriormente seguían el

³⁰ Cfr. Cruz Villalón, Pedro, *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad (1918-1939)*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1987, pp. 232-419.

³¹ Cfr. Favoreu, Louis, *Los tribunales constitucionales*, cit., *supra* nota 3, pp. 43-136; Rousseau, Dominique, *La justice constitutionnelle en Europe*, París, Montchrestien, 1992, pp. 51-156.

³² Cfr. Favoreu, Louis (editor), *Tribunales constitucionales europeos y derechos fundamentales*, trad. de Luis Aguiar de Luque y María Gracia Rubio de Casas, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1984; Fix-Zamudio, Héctor, *Los tribunales constitucionales y los derechos humanos*, México, Porrúa, 1985.

modelo soviético, por medio de reformas o expedición de nuevas Cartas Fundamentales en Polonia (1982-1986) y la nueva Constitución de 1997; Hungría (1989); Bulgaria y Rumania (1991); Checoslovaquia (1991-1992), ahora dividida en las Repúblicas Checa y Eslovaca (1993).³³ Inclusive en la República Federativa Rusa, formada al desaparecer la Unión Soviética, se introdujo en octubre de 1991 una Corte Constitucional que tuvo una actuación importante como tribunal de conflictos entre el Parlamento y el presidente Yeltsin (1993). En la nueva Constitución de la Federación Rusa, aprobada por referéndum el 12 de diciembre de 1993, se consolida la Corte Constitucional (artículo 125).³⁴ También las Constituciones sudafricanas, provisional de 1994 y definitiva de 1997, establecieron una Corte Constitucional, la que, entre otras importantes actividades, formuló un dictamen sobre el proyecto de la última Carta mencionada.

26. Los dos modelos, el americano y el europeo, se aproximan paulatinamente, de manera recíproca, y como ejemplo podemos mencionar a la Corte Suprema Federal de los Estados Unidos, que en apariencia es el tribunal federal de mayor jerarquía en el clásico sistema difuso, por medio de su competencia discrecional denominada *certiorari*, introducida en 1925,³⁵ pero se ha convertido en un verdadero tribunal constitucional, ya que la mayoría, por no decir la totalidad de los asuntos de que conoce, tienen carácter directamente constitucional, en especial en materia de derechos humanos. Por otra parte, sus resoluciones son obligatorias para todos los jueces del país, de acuerdo con el principio que se califica de *stare decisis* (obligatoriedad del precedente),³⁶ de manera que cuando la

³³ Cfr. Fix-Zamudio, Héctor, "Estudio preliminar", a la traducción castellana de la obra de Biscaretti di Ruffia, Paolo, *Introducción al derecho constitucional comparado*, México, FCE, 1996, pp. 26-28; Bartole, Sergio y otros, "Transformazione costituzionali nell'Este europeo", *Quaderni Costituzionali*, Padua, Il Mulino, diciembre de 1992, pp. 383-597; Häberle, Peter, "Constitutional Developments in Eastern Europe from the Point of View of Jurisprudence and Constitutional Theory", *Law and State*, Tübingen, vol. 46, 1994, pp. 66-67.

³⁴ Cfr. Beliaev, Sergei, "The Evolution of Constitutional Debates in Russia in 1992-1993. A Comparative Review", *Review of Central and East European Law*, núm. 3, 1994, pp. 305-319; Gélard, Patrice, "La actualité constitutionnelle en Russie (novembre 1993-janvier 1994)", *Revue Française de Droit Constitutionnel*, núm. 17, 1994, pp. 185-186; Becerra Ramírez, Manuel, *La Constitución rusa de 1993*, México, UNAM, 1994, pp. 11-13.

³⁵ Cfr. Perry, H. W., "Writ of Certiorari", *The Oxford Companion to the Supreme Court of the United States*, Nueva York, 1992, pp. 131-133.

³⁶ Cfr. Walker, Thomas G., "Precedent", en la obra mencionada en la nota anterior, p. 663.

citada Corte Suprema declara la inconstitucionalidad de una ley, dicho fallo posee en la práctica efectos generales, pues debido a su prestigio moral también las autoridades administrativas acatan sus resoluciones.³⁷

27. Otro ejemplo que podemos señalar es la introducción en varios ordenamientos latinoamericanos, en los cuales ha predominado, al menos hasta hace pocos años, el modelo americano de control difuso, de la declaración general de inconstitucionalidad en las resoluciones del órgano más elevado del Poder Judicial, por medio de la llamada *acción popular de inconstitucionalidad*, mediante de la cual cualquier persona, sin acreditar interés jurídico directo, puede acudir ante las Cortes Supremas de Colombia (a partir de la Carta de 1991, ante la Corte Constitucional), Venezuela, El Salvador y Panamá, para solicitar la declaración con efectos generales, de disposiciones legislativas (en Colombia inclusive reformas a la Carta Fundamental, pero sólo por vicios de forma).³⁸ En otros ordenamientos latinoamericanos, como Costa Rica, inclusive antes de la reforma constitucional de 1989, que introdujo la Sala Constitucional, así como en los ordenamientos de varias provincias argentinas, sin admitir la acción popular, han conferido efectos generales a las declaraciones de inconstitucionalidad de disposiciones legislativas.³⁹

28. Pero donde se advierte con mayor claridad la influencia directa del modelo europeo continental es en la introducción reciente, en los ordenamientos latinoamericanos, de organismos jurisdiccionales especializados en la solución de conflictos o controversias constitucionales, pero sin abandonar la existencia paralela del control difuso con efectos particulares en los procesos concretos, pues no se prohíbe a los jueces ordinarios pronunciarse sobre cuestiones constitucionales en los casos individuales, con lo cual se conservan aspectos esenciales del paradigma

³⁷ La bibliografía en esta materia es muy amplia, por lo que nos limitamos a citar la obra reciente del conocido jurista estadounidense Tribe, Laurence H., *American Constitutional Law*, 2a. ed., Mineola, Nueva York, Foundation Press, 1988, pp. 23-208.

³⁸ Cfr. Fix-Zamudio, Héctor, *La protección jurídica y procesal de los derechos humanos ante las jurisdicciones nacionales*, Madrid, UNAM-Civitas, 1982, pp. 136-140, y la bibliografía allí citada.

³⁹ Cfr. Fix-Zamudio, Héctor, "La justicia constitucional en Latinoamérica y la declaración general de inconstitucionalidad", *Revista de la Facultad de Derecho de México*, núm. 111, septiembre-diciembre de 1979, reproducido en el libro del mismo autor *Latinoamérica: Constitución, proceso y derechos humanos*, México, UDUAL-Miguel Ángel Porrúa, 1988, pp. 339-392.

americano. Entre los ordenamientos que han incorporado cortes o tribunales constitucionales especializados, podemos mencionar: a) la *Corte de Constitucionalidad* de Guatemala, creada como un organismo temporal para conocer de ciertos instrumentos de control constitucional en la Carta de 1965, pero consolidada como un sistema permanente en la Ley Fundamental de 1985; b) en Chile se introdujo el *Tribunal Constitucional*, en la reforma de 1970 a la Carta de 1925, fue suprimido por el golpe militar de 1973, y restablecido por el mismo gobierno castrense en la Constitución de 1980, modificada por el plebiscito de 1989, que restableció el gobierno democrático; c) y d) en las Cartas de Ecuador (1948) y de Perú (1979), se establecieron los *Tribunales de Garantías Constitucionales*, aun cuando con lineamientos imprecisos en el primer ordenamiento. Ambos organismos fueron transformados en *Tribunales Constitucionales*, en la reforma constitucional de 1996, en el caso de Ecuador, y en la nueva Ley Fundamental peruana de 1993, respectivamente; f) se introdujo la *Corte Constitucional* en la Carta colombiana de 1991, y g) el *Tribunal Constitucional* en las reformas de agosto de 1994 a la Ley Fundamental de Bolivia de 1967. Además, se han creado *Salas Constitucionales* en las Cartas de Costa Rica de 1949, reformada en 1989; de El Salvador de 1983, modificada en 1991, y en la nueva Ley Fundamental del Paraguay de 1992.⁴⁰

29. Por lo que se refiere al ordenamiento mexicano se han efectuado dos reformas a la Constitución vigente del 5 de febrero de 1917, que han incorporado elementos del modelo europeo continental, los que han conducido a la conformación de un tribunal constitucional especializado pero con la denominación anterior de Suprema Corte de Justicia. En efecto, en las reformas constitucionales y legales que entraron en vigor el 15 de enero de 1988, se modificó el sistema anterior por medio del cual la citada Suprema Corte funcionaba de manera predominante como tribunal de casación y se le encomendó la última instancia de los juicios de amparo y de otras controversias de carácter constitucional, y se trasladaron a los tribunales colegiados de circuito, introducidos en 1951, y cuyo número había

⁴⁰ Cfr. Fix-Zamudio, Héctor, "Los Tribunales y Salas Constitucionales en América Latina", *Estudios jurídicos en homenaje a Don Santiago Barajas Montes de Oca*, México, UNAM, 1995, pp. 59-74; La Roche, Humberto J., "Cortes y Salas Constitucionales en América Latina", en la obra *El nuevo derecho constitucional latinoamericano*, Caracas, Fundación Konrad Adenauer-Asociación Venezolana de Derecho Constitucional-Editorial Panap, 1996, tomo II, pp. 875-888.

aumentado de manera considerable, la decisión de los juicios de amparo en los cuales se planteaban cuestiones de legalidad.⁴¹ El 31 de diciembre de 1944, se realizó otra sustancial reforma judicial, que dio un paso adelante en esta misma dirección, ya que redujo el número de magistrados de la Suprema Corte, de 21 numerarios y cinco supernumerarios, a sólo 11, es decir con una mayor proximidad a la integración de los tribunales y cortes constitucionales contemporáneos, y además de ampliar de manera considerable el contenido de las llamadas controversias constitucionales reguladas por el artículo 105 constitucional, que ahora comprende también los llamados “conflictos de atribución”,⁴² pero además se introdujo la acción abstracta de inconstitucionalidad contra las disposiciones legislativas ya promulgadas, las cuales ahora pueden ser impugnadas en sus distintos niveles por el 33% de los integrantes de los respectivos órganos legislativos, así como por el Procurador General de la República, instrumento inspirado en varios ordenamientos europeos con objeto de proteger a las minorías parlamentarias,⁴³ y por medio de una nueva reforma constitucional de agosto de 1996, este medio de impugnación se extendió a las leyes electorales, pero éstas sólo pueden ser combatidas por las dirigencias de los partidos afectados. Las mencionadas reformas de 1994 y 1996 fueron reglamentadas por las Leyes, Reglamentaria de las fracciones I y II del artículo 105 de la Constitución, y Orgánica del Poder Judicial de la Federación, publicadas los días 11 y 25 de febrero de 1995.⁴⁴

⁴¹ Cfr. Fix-Zamudio, Héctor, “La Suprema Corte de Justicia como Tribunal Constitucional”, en los libros *Las nuevas bases constitucionales y legales del sistema judicial mexicano. La reforma judicial de 1986-1987*, y *Las reformas constitucionales de la renovación nacional*, ambas obras publicadas en México, Porrúa 1987, pp. 345-390 y 495-541, respectivamente.

⁴² Cfr. Gómez Montoro, Ángel J., *El conflicto entre órganos constitucionales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1992, pp. 31-70.

⁴³ Cfr. Mezzetti, Luca, *Giustizia costituzionale e opposizione parlamentare. Modelli europei a confronto*, Rimini, Maggioli Editori, 1992.

⁴⁴ Cfr. Carpizo, Jorge; Cossío Díaz, José Ramón y Fix-Zamudio, Héctor, “La jurisdicción constitucional en México”, en la obra *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*, cit., *supra* nota 1, pp. 771-778; Arteaga Nava, Elisur, “Las nuevas facultades de la Suprema Corte de Justicia de la Nación”, en la obra coordinada por Mario Melgar, *Reformas al Poder Judicial*, México, 1995, pp. 71-94; García Castillo, Tonatiuh, *La defensa de la Constitución. El artículo 105 y el juicio constitucional*, México, Editorial ASBE, 1997, pp. 115-121; Sánchez Cordero de García Villegas, Olga,

30. La simple descripción anterior nos proporciona una idea de la trascendencia que ha asumido el derecho procesal constitucional en nuestra época, ya que el análisis de los diversos instrumentos o garantías de solución de conflictos o controversias constitucionales ha ocupado la atención tanto de los constitucionalistas, como, pero de manera creciente, la de los procesalistas de nuestra época. Además, la doctrina española y latinoamericana, que hemos señalado anteriormente, ha utilizado esa denominación, la que adquiere cada vez mayor difusión entre los tratadistas contemporáneos, quienes, como hemos señalado con anterioridad (véase *supra* párrafo 2), habían utilizado con mayor frecuencia los nombres de justicia o jurisdicción constitucional para referirse a la propia disciplina. Por otra parte, se han creado cátedras en varias universidades de Latinoamérica con la denominación de derecho procesal constitucional, y también se ha iniciado la utilización de ese nombre por la doctrina alemana.⁴⁵

31. De acuerdo con lo que hemos expuesto con anterioridad, podemos describir el derecho procesal constitucional como la disciplina jurídica, situada dentro del campo del derecho procesal, que se ocupa del estudio sistemático de las instituciones y de los órganos por medio de los cuales pueden resolverse los conflictos relativos a los principios, valores y disposiciones fundamentales, con objeto de reparar las violaciones de los mismos. Estos instrumentos también pueden calificarse como *garantías constitucionales*, en su concepción, actual, ya que éstas han tenido un desarrollo histórico que examinaremos con posterioridad (véase *infra* párrafos 75 a 85).

“El artículo 105 constitucional”, *La actualidad de la defensa de la Constitución*, México, Suprema Corte de Justicia de las Nación-UNAM, 1997, pp. 297-308, Castro, Juventino V., *El artículo 105 constitucional*, México, Porrúa, 1997; Fix Fierro, Héctor, “La reforma judicial de 1994 y las acciones de inconstitucionalidad”, *Ars Iuris*, Revista del Instituto de Documentación e Investigación Jurídica de la Facultad de Derecho de la Universidad Panamericana, México, núm. 13, especial sobre reforma judicial, 1995, pp. 114-123; Cossío Díaz, José Ramón, “Similitudes y diferencias entre las controversias constitucionales y las acciones de inconstitucionalidad”, en la obra coordinada por este autor y Luis M. Pérez de Acha, *La defensa de la Constitución*, México, Ediciones Fontamara, 1997, pp. 65-79, entre otros.

⁴⁵ Cfr. Pestalozza, Christian, *Verfassungsprozessrecht (Derecho procesal constitucional)*, 3a. ed., Munich, C.H. Beck, 1991.

III. DERECHO CONSTITUCIONAL PROCESAL

32. Esta disciplina, como se señaló anteriormente (véase *supra* párrafo 9), se ocupa del estudio de las instituciones o de las categorías procesales establecidas por la Constitución. Así como establecimos que el estudio de la ciencia de frontera del derecho procesal constitucional fue iniciada en sus lineamientos teóricos por el pensamiento de Hans Kelsen, de la que ahora nos ocupamos comenzó con los planteamientos del ilustre procesalista uruguayo Eduardo J. Couture.⁴⁶ Podemos afirmar sin exageración que la regulación constitucional de estos instrumentos se ha desarrollado de manera excepcional en los últimos años, ya que las Cartas más recientes dedican de manera creciente disposiciones sobre la regulación de los principios básicos del derecho procesal, que ya no se concentran, como ocurría tradicionalmente, en la organización judicial y en el debido proceso legal, sino que también comprenden, entre otros aspectos, los derechos esenciales de las partes, y en general de los justiciables, y algunos de estos lineamientos se sitúan dentro de los capítulos sobre derechos fundamentales.

33. Por otra parte, debe considerarse que esta nueva rama del derecho constitucional es una disciplina estrechamente vinculada con el procesalismo científico, y en este sentido nuestro enfoque debe ser forzosamente provisional, puesto que no se han desarrollado de manera suficiente los estudios jurídicos sobre este sector. Con esta advertencia, es posible establecer tres aspectos esenciales: A) jurisdicción; B) garantías judiciales, y C) garantías de las partes.

⁴⁶ Cfr. "Las garantías constitucionales en el proceso civil", en la obra colectiva *Estudios de derecho procesal en honor de Hugo Alsina*, Buenos Aires, Ediar, 1946, pp. 153-213; Liebman, Enrico Tullio, "Diritto, costituzione e processo civile", *Rivista di Diritto Processuale*, Padua, 1952, pp. 327-332, trad. castellana "Derecho constitucional y proceso civil", *La Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración*, Montevideo, junio-julio de 1953, pp. 121-124, estudios que comentan las ideas de Couture: Fix-Zamudio, Héctor, "El pensamiento de Eduardo J. Couture y el derecho constitucional procesal", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 30, septiembre-diciembre de 1977, pp. 315-348; *idem*, "Función del Poder Judicial en los sistemas constitucionales latinoamericanos", en el volumen del mismo nombre, México, UNAM, 1977, pp. 10-13.

34. A) Sobre la *jurisdicción*, el destacado procesalista español Niceto Alcalá-Zamora y Castillo afirmó que debido a su situación de confluencia, no se sabe con precisión su encuadramiento, ya sea en la ciencia del derecho procesal o en la del derecho constitucional, en virtud de que esta institución debe ser analizada desde los dos ángulos y perspectivas. Consideró que para el constitucionalista la jurisdicción es una de las tres funciones del Estado, mientras que para el procesalista es una actividad del propio Estado que se imparte por medio del proceso. El mismo tratadista español señaló con agudeza que los constitucionalistas han analizado la jurisdicción desde el punto de vista *estático*, es decir, como una emanación o atributo de la soberanía del Estado, mientras que el enfoque procesal la examina desde el ángulo *dinámico*, si se toma en cuenta la correlación de la propia jurisdicción con el proceso.⁴⁷

35. Sólo para contar con un punto de apoyo para determinar la naturaleza de la institución, partimos de una nación aproximada, de acuerdo con la cual la jurisdicción es la función pública que tiene por objeto resolver las controversias jurídicas que se plantean entre dos partes contrapuestas y que deben someterse al conocimiento de un órgano del Estado, el cual decide dichas controversias de manera imperativa y desde una posición imparcial.⁴⁸

36. Éste es el aspecto externo o formal de la jurisdicción, puesto que dicha actividad pública se ha transformado, de manera paulatina, de un procedimiento mecánico de aplicación de las normas legislativas, en una actividad de creación jurídica que otorga contenido a las propias normas legislativas, por medio de su interpretación e integración en los casos concretos de que conocen los tribunales, y de esta manera adaptan de manera constante y dinámica los propios principios normativos a los cambios cada vez más acelerados de las sociedades contemporáneas. Además, cuando los jueces deben resolver los conflictos derivados de la aplicación de las

⁴⁷ Cfr. Alcalá-Zamora y Castillo, Niceto, "Notas relativas al concepto de jurisdicción", en su libro *Estudios de teoría general e historia del proceso (1945-1962)*, 2a. ed. México, UNAM, 1992, tomo I, pp. 29-60; Montero Aroca, Juan, *Introducción al derecho procesal*, Madrid, Tecnos, 1976, pp. 15-112; *idem*, "Del derecho procesal al derecho jurisdiccional", *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, I, 1984, pp. 19-47, Rigano, Francesco, *Costituzione e potere giudiziario*, Padua, Cedam, 1982.

⁴⁸ Cfr. Fix-Zamudio, Héctor, "Reflexiones sobre el derecho constitucional procesal mexicano", en el libro del propio autor, *Justicia constitucional, Ombudsman y derechos humanos*, 1a. reimpresión, México, Comisión Nacional de Derechos Humanos, 1997, pp. 358-359.

disposiciones y principios establecidos en las cartas fundamentales, su función, además de dinámica, es de carácter político, en sentido técnico, puesto que participan en las decisiones de los otros órganos del poder.⁴⁹

37. B) *Garantías judiciales*. Por ellas debemos entender el conjunto de instrumentos establecidos por las normas constitucionales con el objetivo de lograr la independencia y la imparcialidad del juzgador y que poseen, además, un doble enfoque, pues al mismo tiempo que se utilizan en beneficio de los miembros de la judicatura, también favorecen la situación de los justiciables, ya que la función jurisdiccional se ha establecido en su beneficio. En este sentido puede invocarse lo establecido en los artículos 14, primer párrafo, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas, del 15 de diciembre de 1966; 8o. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, suscrita en San José Costa Rica el 22 de noviembre de 1969, así como el 6o. del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950. En todos estos instrumentos se establece, en esencia, el derecho fundamental de todo gobernado de ser escuchado públicamente y con las debidas garantías ante un tribunal *competente, independiente e imparcial* y establecido por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada en contra de ella o para la determinación de sus derechos y obligaciones.⁵⁰

38. Entre dichas garantías judiciales podemos señalar varios instrumentos que se aplican a los miembros de la judicatura, relativos la estabilidad, remuneración, responsabilidad y autoridad de los juzgadores.⁵¹

39. a) *Estabilidad*. Como tal debe entenderse el conjunto de medios que se traducen en la permanencia de los jueces y magistrados, ya sea por un periodo determinado o de manera indefinida, hasta la finalización de su cargo, fallecimiento o edad de retiro, a no ser que incurran en un motivo de responsabilidad que implique su remoción por medio de un proceso o de un juicio político. La forma más perfeccionada radica en la *inamovilidad*, la que significa que el juez o magistrado una vez designado

⁴⁹ Cfr. Fix-Zamudio, Héctor, y Cossío Díaz, José Ramón, *El Poder Judicial en el ordenamiento mexicano*, México, FCE, 1996, pp. 30-31.

⁵⁰ Cfr. Robertson, A. H., "Pactos y Protocolo Opcional de las Naciones Unidas, Convención Americana y Convención Europea sobre Derechos Humanos. Estudio comparativo", en la obra *La protección internacional de los derechos del hombre. Balance y perspectivas*, México, UNAM, 1983, pp. 150-157.

permanece indefinidamente en sus funciones hasta su retiro forzoso a una edad determinada, e inclusive en algunos ordenamientos el cargo es vitalicio (como por ejemplo, el de los magistrados de la Corte Suprema Federal de los Estados Unidos). En las legislaciones angloamericanas que se ha establecido un principio que ha tenido influencia el Latinoamérica, conforme al cual el desempeño de los cargos judiciales está sometido a la condición de que los miembros de la judicatura observen buena conducta (*good behavior*).

40. b) *Remuneración*. Éste ha sido uno de los aspectos más débiles en la mayoría de los sistemas jurídicos de organización judicial y con mayor razón en Latinoamérica, pues en general los jueces y magistrados perciben sueldos proporcionalmente inferiores a los que se otorgan a los funcionarios administrativos o legislativos (lo cual está relacionado con la concepción tradicional acerca del carácter secundario y mecánico de la función judicial).⁵²

41. Aun cuando la remuneración insuficiente es un fenómeno general en los países del continente europeo y particularmente en Latinoamérica, con excepción de los ordenamientos angloamericanos, en los cuales predomina una remuneración adecuada a la importancia esencial que han atribuido a los tribunales. En nuestra región la situación es más aflictiva, por lo que se ha ensayado la implantación de instrumentos que atenúen o inclusive superen esta situación de inferioridad económica. En esta dirección podemos señalar a varios preceptos constitucionales que consagran un porcentaje mínimo del presupuesto nacional para el organismo judicial. Como ejemplos se pueden citar los artículos 177 de la Constitución de Costa Rica, 238 de la Carta del Perú de 1979;⁵³ 123 de la Ley Fundamental de Guatemala de 1985, y 205 de la Constitución paraguaya de 1992. Dichos preceptos instituyeron respectivamente, 6, 2, 2 y 4% del presupuesto general que debe entregarse al Poder Judicial.⁵⁴

⁵¹ Cfr. Almagro Nosete, José, *Constitución y proceso*, Barcelona, Bosch, 1984, pp. 80-86.

⁵² Cfr. Fix-Zamudio, Héctor, y Cossío Díaz, José Ramón, *El Poder Judicial en el ordenamiento mexicano*, cit., *supra* nota 49, pp. 32-33-

⁵³ Sin embargo, el artículo 145 de la Carta vigente de 1993, que es el equivalente al citado 238 de la Constitución anterior de 1979, suprimió el citado porcentaje del presupuesto.

⁵⁴ Por lo que se refiere a nuestro país, debe destacarse que en la Cuarta Convención de Barras Asociadas de la República Mexicana, celebrada el 8 de junio de 1972 en la ciudad de México, se propuso el establecimiento de un porcentaje no menor del 1% de los egresos tota-

42. También en este sector económico debe destacarse el principio consagrado en el artículo 3o., sección primera, de la Constitución Federal de los Estados Unidos, en el cual se dispone que los jueces federales recibirán una remuneración por sus servicios *que no será disminuida durante su encargo*.⁵⁵

43. Como una situación significativa a este respecto se puede destacar una sentencia de la Corte Suprema argentina, pronunciada el 18 de noviembre de 1985, por la cual se declaró fundada la acción de amparo que promovieron varios jueces federales contra las autoridades hacendarias, por considerar que no se respetaba el principio de no disminución de los ingresos a los miembros del Poder Judicial Federal consagrado por el artículo 96 de la Carta argentina, inspirado en el precepto mencionado de la Constitución estadounidense. La Corte señaló que la intangibilidad de los sueldos de los jueces era garantía de independencia del Poder Judicial, de modo que cabía considerarla, junto con la inamovilidad, como garantía del funcionamiento de un poder del Estado, de manera similar a las que preservaban a las cámaras del Congreso, a sus miembros y a los funcionarios del organismo ejecutivo. Por otra parte, el más alto tribunal argentino estimó que dicha intangibilidad de la remuneración comprendía la conservación del poder adquisitivo de la misma, y no exclusivamente su valor monetario formal, a causa del envilecimiento o degradación de las retribuciones judiciales producidas por la inflación, que en esa época podía considerarse como galopante.⁵⁶

les que cada año figuren en el presupuesto federal, para que se atribuya al Poder Judicial de la Federación, cuyo manejo debía atribuirse a la Suprema Corte de Justicia, *Memoria de la IV Convención de Barras Asociadas de la República Mexicana*, México, 1972, p. 55. Es justo reconocer que el Presidente Miguel de la Madrid propuso y obtuvo del Congreso de la Unión, que se elevaran sustancialmente los ingresos de los miembros del Poder Judicial Federal, al aprobar el presupuesto respectivo.

⁵⁵ Esta disposición ha sido incorporada en varias Constituciones latinoamericanas. Por lo que se refiere a México, el séptimo párrafo del artículo 94 de la Carta Federal en su texto vigente dispone: "La remuneración que perciban por sus servicios los Ministros de la Suprema Corte, los Magistrados de Circuito, los Jueces de Distrito y los Consejeros de la Judicatura Federal, así como los Magistrados Electorales, *no podrá ser disminuida durante su encargo*".

⁵⁶ Cfr. Rivas, Adolfo Armando, "Hacia un replanteamiento del amparo como instituto de defensa de jueces y magistrados", *Doctrina Judicial. La Ley*, Buenos Aires, 12 de diciembre de 1986, pp. 257-254.

44. c) *Responsabilidad*. Ésta puede entenderse desde varios enfoques. En sentido estricto, como el procedimiento establecido para imponer sanciones a los jueces que cometan errores inexcusables, faltas o delitos en el ejercicio de sus funciones y, en una dimensión más amplia, también puede incluir la responsabilidad procesal, en la medida en que los miembros de la judicatura gozan de atribuciones para la dirección del proceso; y finalmente, la responsabilidad de carácter político, cuando dichos juzgadores intervienen en los instrumentos de justicia constitucional.⁵⁷

45. Debido a la brevedad de este trabajo, sólo haremos referencia a la responsabilidad en sentido propio, que también abarca varios aspectos: *patrimonial, administrativo o disciplinario y penal*. La de carácter patrimonial se había entendido tradicionalmente como el pago de los daños y perjuicios ocasionados a las partes o a terceros por una conducta negligente o de ignorancia inexcusable del juzgador, que debía cubrir directamente el funcionario judicial responsable, con fundamento en una sentencia pronunciada en un proceso civil ordinario a instancia del afectado. Este concepto ha cambiado de manera radical en los ordenamientos constitucionales contemporáneos, en los cuales, con independencia de la responsabilidad personal de los miembros de la judicatura, se ha transformado en obligación objetiva del Estado de resarcir a los gobernados por los daños y perjuicios que sufran debido a una defectuosa prestación del servicio público jurisdiccional, y tal obligación forma parte de la institución genérica de responsabilidad patrimonial del Estado por las deficiencias o errores en la prestación de los servicios públicos.

46. Como sería muy complicado proporcionar un panorama comparativo de los instrumentos establecidos por las constituciones contemporáneas, inclusive varias latinoamericanas, acerca de la responsabilidad del Estado en la impartición de la justicia, acudimos al ejemplo de un precepto con ámbito muy extenso, es decir, el contenido en el artículo 121 de la Constitución española de diciembre de 1978, de acuerdo con el cual: "Los daños causados por error judicial, así como los que sean consecuencia del funcionamiento anormal de la administración (en realidad,

⁵⁷ Cfr. Fix-Zamudio, Héctor, "La responsabilidad de los jueces en el derecho mexicano", *Comunicaciones mexicanas al XI Congreso Internacional de Derecho Comparado (Caracas, 1982)*, México, UNAM, 1984, pp. 59-117.

impartición) de justicia, darán derecho a una indemnización a cargo del Estado, conforme a la ley".⁵⁸

47. La responsabilidad administrativa o disciplinaria implica la vigilancia permanente de la actividad de los jueces y magistrados, y se traduce en la imposición de sanciones, tales como la amonestación, la suspensión e inclusive la destitución en casos graves. En esta materia también se ha producido una evolución, ya que este tipo de sanciones correspondía tradicionalmente a autoridades administrativas, como los ministros o secretarías de justicia, y en la actualidad se encomiendan a los tribunales de mayor jerarquía, de acuerdo con el modelo angloamericano, pero también a órganos disciplinarios o a los llamados Consejos de la Magistratura o de la Judicatura, que surgieron en la segunda posguerra en los ordenamientos de Europa continental, como Francia, Italia, España y Portugal, y se han extendido a numerosos países latinoamericanos, inclusive al ordenamiento mexicano, de acuerdo con la reforma constitucional de diciembre de 1994, que regula dicha institución en el artículo 100 de la Carta Federal, precepto que señala que al Consejo de la Judicatura Federal le corresponde "La administración, vigilancia y *disciplina* del Poder Judicial de la Federación, con excepción de la Suprema Corte de Justicia de la Nación...". Consejos similares se han establecido en el Distrito Federal y en varias Entidades Federativas.⁵⁹

48. La responsabilidad penal es la de mayor gravedad, pues implica la imposición de sanciones criminales por conductas que no sólo lesionan de manera grave la prestación del servicio, sino que en ocasiones configuran delitos comunes u oficiales. Aun cuando este tipo de comportamiento judicial no es frecuente, de cualquier modo los instrumentos represivos se otorgan también en beneficio de los jueces y magistrados, en cuanto implican la necesidad de un juicio previo (antejuicio), o bien un proceso de carácter político, que asume varias modalidades según se trate de delitos comunes o de infracciones graves cometidos por los funcionarios judiciales con motivo de sus actividades públicas. En tal virtud, no se pue-

⁵⁸ Cfr., entre otros, Rebollo, Luis Martín, *Jueces y responsabilidad del Estado. El artículo 121 de la Constitución*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1983, pp. 119-182.

⁵⁹ Cfr. Fix-Zamudio, Héctor y Fix Fierro, Héctor, *El Consejo de la Judicatura*, Cuadernos para la Reforma de la Justicia, 3, México, UNAM, 1996; Fix-Zamudio, Héctor, *Breves reflexiones sobre el Consejo de la Judicatura*, México, Consejo de la Judicatura Federal, 1997; Melgar Adalid, Mario, *El Consejo de la Judicatura Federal*, 2a. ed., México, Porrúa, 1997.

de someter directamente a un proceso penal a los jueces o magistrados sin que con anterioridad se hubiese autorizado su enjuiciamiento por los tribunales superiores o por otros órganos del Estado.

49. *Autoridad.* Implica que los jueces y magistrados deben contar con instrumentos jurídicos para hacer respetar sus resoluciones, así como con el auxilio de la fuerza pública para la ejecución de éstas. La misma autoridad del juzgador puede entenderse en sentido moral, en virtud de que no en todos los países se les otorga reconocimiento social por la importante labor que realizan. Es comprensible que este reconocimiento sea mayor en los países que siguen la tradición angloamericana del *common law*, por la función esencial que se atribuye a la jurisprudencia judicial para la integración del ordenamiento jurídico.

50. En sentido propio, los códigos procesales otorgan al juzgador medios de apremio y correcciones disciplinarias, que pueden llegar a la multa y al arresto en los casos extremos, para imponer sus decisiones a las partes o a terceros. Son varias las constituciones contemporáneas que establecen la obligación de las autoridades públicas de otorgar auxilio a los tribunales en la ejecución de sus fallos. Entre otros, podemos citar los artículos 209 de la Constitución de Venezuela de 1961, el mismo número de la portuguesa (1976-1982), el 313 de la Honduras de 1982 y el 202 de la Carta paraguaya de 1992.

51. El sector que implica mayores problemas es el relativo a la ejecución de las resoluciones y sentencias dictadas por los tribunales ordinarios o especializados cuando implican una condena para las autoridades, y en especial si esa condena significa una reparación económica, puesto que existe generalmente una resistencia para su cumplimiento espontáneo. Además, deben considerarse los diversos privilegios que corresponden a dichas autoridades, entre ellos, la imposibilidad del secuestro de bienes para forzar dicho cumplimiento. Por ese motivo, llega a hablarse de la inejecución de las sentencias administrativas.⁶⁰

⁶⁰ Cfr. González Pérez, Jesús, "La inejecución de las sentencias administrativas", *Revista de la Facultad de Derecho de México*, núms. 91-92, julio-diciembre de 1973, pp. 421-436; García de Enterría, Eduardo y otros, *Documentación Administrativa*, Madrid, núm. 209, enero-abril de 1987, dedicado al tema "La ejecución de sentencias condenatorias de la administración".

52. C) *Garantías de las partes*. Son las que poseen los justiciables cuando acuden a solicitar la prestación jurisdiccional. Sus lineamientos esenciales se han consagrado en las cartas constitucionales (inclusive, así sea de manera limitada, por los ordenamientos clásicos), ya que los derechos subjetivos públicos relativos a la *acción procesal* y a la *defensa o debido proceso* se han consagrado tradicionalmente como derechos fundamentales de la persona y han sido reglamentados por los mismos textos constitucionales (con mayor amplitud por lo que respecta a la materia penal que ha sido el aspecto más sensible del derecho constitucional procesal). Las declaraciones y tratados internacionales sobre derechos humanos los han consagrado en todos los campos.

53. a) *Acción procesal*. El derecho de acción se consideró tradicionalmente, a partir del derecho romano y hasta la primera mitad del siglo XIX, como el mismo derecho subjetivo llevado al proceso. Sin embargo, gracias a las aportaciones de los juristas alemanes de la segunda mitad del siglo pasado, se reconoció a la acción la naturaleza de un derecho autónomo, diverso del derecho sustantivo, con carácter abstracto, como derecho subjetivo público que corresponde a todo gobernado de solicitar del Estado la prestación jurisdiccional, puesto que se prohíbe, salvo casos excepcionales, el ejercicio de la autodefensa. Las cartas fundamentales recogieron esta concepción, con lo cual se constitucionalizó esta institución como un derecho fundamental de la persona humana. Pero este mismo derecho autónomo de carácter constitucional ha experimentado una transformación sustancial debido al fenómeno de la socialización del derecho, aun cuando en ocasiones no se advierte con claridad en los textos constitucionales.

54. En efecto, en la concepción tradicional, el derecho de acción, consagrado en las cartas fundamentales de carácter clásico, era caracterizado como derecho del individuo de exigir del Estado la prestación jurisdiccional; su significado era puramente técnico, conforme al enfoque individualista y liberal de la igualdad formal de los gobernados, sin considerar “los obstáculos del orden económico y social (podemos agregar, también los políticos y culturales) que limitando de hecho la libertad e igualdad de los ciudadanos impiden el pleno desenvolvimiento de la personalidad humana”, según lo dispuesto por el artículo 3o. de la Constitución italiana de 1948; obstáculos que en el campo del derecho procesal entorpecen, en un sentido, la real participación de los justiciables, y por el otro, impiden la eficacia del proceso.

55. Los lineamientos renovadores de la acción procesal, considerados como un derecho a la justicia y no sólo a la prestación jurisdiccional, desde un punto de vista estrictamente formal,⁶¹ no se han reflejado en todos los supuestos en los textos constitucionales, pues la mayoría de los ordenamientos se refieren sólo al derecho de los justiciables de acudir a los tribunales, y aun lo han incluido en las disposiciones que consagran el derecho genérico de petición. Pero resulta lógico que las cartas constitucionales más recientes hubiesen consagrado en sus textos un concepto más amplio y moderno de la acción procesal, y entre ellos podemos destacar el artículo 24 de la Constitución española de 1978, que regula el llamado derecho a la “tutela judicial efectiva”.⁶²

56. Por otra parte, la transformación del derecho de acción procesal se advierte con mayor claridad en los instrumentos internacionales, en especial en los convenios sobre derechos humanos que hemos citado (véase *supra* párrafo 37). Aun cuando los preceptos internacionales tienen un contenido similar, debe destacarse el artículo 60. del Convenio de Roma, el cual exige la calidad de “*equitativa*” a la tramitación del proceso.⁶³

57. Pero el propio derecho procesal de acción no debe examinarse como un instrumento aislado que únicamente permite el acceso a la jurisdicción, sino que es preciso relacionarlo con otras instituciones procesales, como el llamado “derecho de defensa” o “garantía o derecho de audiencia”, si se considera que existe consenso doctrinal acerca del carácter bilateral del derecho de acción, la cual corresponde tanto al actor y al Ministerio Público, como al demandado y al acusado. Además, debemos vincular la acción la acción con el complejo instrumento que algunos textos constitucionales han denominado como “debido proceso legal” (véase *infra* párrafo 61), así como otros medios procesales que dan contenido al derecho fundamental de acción, y que sólo para efectos de estudio desglosamos más adelante, si es que se pretende que la acción procesal no signifique únicamente la

⁶¹ Cfr. Fix-Zamudio, Héctor, “El derecho constitucional a la justicia en el derecho mexicano”, *Los derechos sociales del pueblo mexicano*, México, Manuel Porrúa, 1979, tomo I, pp. 279-326.

⁶² Cfr. González Pérez, Jesús, *El derecho a la tutela jurisdiccional*, 2a. ed., Madrid, Civitas, 1989; Figueruelo Burrieza, Ángela, *El derecho a la tutela judicial efectiva*, Madrid, Tecnos, 1990.

⁶³ Cfr. Gros Espiell, Héctor, *La Convención Americana y la Convención Europea de Derechos Humanos. Análisis comparativo*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1991, pp. 92-94.

posibilidad real de acudir a los tribunales, sino que garantice el resultado efectivo de su ejercicio.⁶⁴

58. Como lo afirma el tratadista español Jesús González Pérez al referirse a la Constitución española, tal derecho a la “tutela judicial efectiva”, es decir, de acción procesal, despliega sus efectos en tres momentos distintos: “primero, en el *acceso a la justicia*; segundo, una vez en ella, que sea posible *la defensa* y obtener solución en un plazo razonable; tercero, una vez dictada la sentencia, la *plena efectividad* de sus pronunciamientos”.⁶⁵

59. La vinculación del derecho de acción con el ordenamiento constitucional y, por tanto, con régimen político en el cual se hace valer, fue señalada por el insigne procesalista florentino Piero Calamandrei, en su clásico estudio acerca de “la relatividad del concepto de acción”.⁶⁶

60. Desde el punto de vista del derecho constitucional de acción procesal, la socialización jurídica del Estado contemporáneo, no obstante los vientos de liberalismo económico que se han extendido en la actualidad, ha determinado la necesidad de crear los instrumentos necesarios para lograr su ejercicio efectivo para todos los gobernados y no sólo por los que cuentan con los medios económicos y el asesoramiento de abogados particulares para acceder de manera adecuada a la prestación jurisdiccional. En otras palabras, de un simple derecho formal, la acción procesal se ha transformado en una facultad con un contenido material que permite su ejercicio eficaz.⁶⁷

61. b) *Derecho de defensa o debido proceso legal*. El segundo término es la traducción del concepto angloamericano del *due process of law*, consagrado expresamente en las enmiendas V y XIV de la Constitución de los

⁶⁴ Cfr. Fix-Zamudio, Héctor, “Ejercicio de las garantías constitucionales sobre la eficacia del proceso”, *Latinoamérica: Constitución, proceso y derechos humanos*, México, UDUAL-Miguel Ángel Porrúa, 1988, pp. 465-542.

⁶⁵ *El derecho a la tutela jurisdiccional*, cit., *supra* nota 62, pp. 43-45.

⁶⁶ Estudio incluido en la recopilación de trabajos del mismo autor, *Estudios de derecho procesal civil*, trad. de Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, Editorial Bibliográfica Argentina, 1961, pp. 135-160; Fairén Guillén, Víctor, “La acción, derecho procesal y derecho político”, *Estudios de derecho procesal*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1955, pp. 70-75.

⁶⁷ Gozaíni, Osvaldo Alfredo, “El desplazamiento de la noción de derecho subjetivo por el de acceso a la justicia sin restricciones (sobre problemas actuales de la legitimación y el proceso judicial)”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 83, mayo-agosto de 1995, pp. 661-668.

Estados Unidos, aprobadas en 1791 y 1868, respectivamente, las que han tenido una gran repercusión, en especial la primera, en los ordenamientos constitucionales de Latinoamérica, si se considera también la tradición española del llamado derecho de defensa o de audiencia en juicio, pues ambas instituciones significan que nadie puede ser afectado en sus derechos sin ser escuchado ni vencido previamente en un proceso.⁶⁸

62. En realidad, como lo hemos sostenido con anterioridad, el derecho de defensa, audiencia o debido proceso está vinculado a la acción procesal, puesto que la misma tiene carácter bilateral (véase *supra* párrafo 57), y en la actualidad no se puede concebir esta última si no se ejercita por medio de un procedimiento que permita la adecuada defensa de las dos partes, puesto que la propia acción implica no sólo el inicio sino la continuidad del proceso hasta sus últimas etapas, incluyendo la ejecución, con la tradicional exclusión de la de carácter penal, encomendada a autoridades administrativas, pero en los últimos años se ha abierto paso la idea de que también debe existir una fiscalización judicial en dicha etapa del cumplimiento de la condena penal.

63. Únicamente para efectos de estudio, podemos aislar el debido proceso o derecho de defensa. Es una institución muy compleja y abarca numerosos aspectos que han sido desarrollados por la jurisprudencia de muy diversa manera en los distintos ordenamientos que la consagran, pues comprende instrumentos procesales como la publicidad del proceso; el derecho a un juez natural (o sea, que nadie puede ser juzgado por tribunales de excepción o sometido a la justicia militar si no pertenece a las fuerzas armadas); la oportunidad probatoria, etcétera. Pero también abarca aspectos sustantivos, pues como lo han sostenido las cortes supremas de Estados Unidos y de Argentina, la solución que se dicte en el proceso debe ser razonable, es decir, adecuada a la controversia planteada.⁶⁹

64. Uno de los aspectos esencial del debido proceso en nuestra época es el relativo a la *igualdad efectiva de las partes*, como aplicación al proceso

⁶⁸ Cfr. Vigoriti, Vincenzo, "Garanzie costituzionali della difesa nel processo civile", *Rivista di Diritto Processuale*, Padua, octubre-diciembre de 1965, pp. 516-533; Bernardis, Luis Marcelo de, *La garantía procesal del debido proceso*, Lima, Cultural Cuzco Editores, 1995, pp. 233-257.

⁶⁹ Cfr. Linares, Juan Francisco, *El "debido proceso" como garantía inominada de la Constitución argentina*, 2a. ed., Buenos Aires, Astrea, 1970; Bernardis, Luis Marcelo, *op. ult. cit.*, pp. 257-300.

del principio genérico de la igualdad de los gobernados ante la ley, consagrado por el artículo 1o. de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789.

65. Esta igualdad procesal de las partes era diferente en el régimen individualista, liberal y predominantemente dispositivo del proceso civil tradicional, respecto de la que pretende establecer la corriente contemporánea del procesalismo científico con fuerte orientación social, la que persigue la superación de las situaciones formalistas que han predominado en la mayoría de los códigos procesales de carácter tradicional. En tal virtud, la exigencia de dos partes equidistantes, iguales y contrapuestas se ha interpretado de diversas maneras, según el contexto político-jurídico, y en este sentido podemos parafrasear al procesalista Piero Calamandrei (de acuerdo con su concepto de relatividad del concepto del derecho de acción procesal) (véase *supra* párrafo 59), y podemos hablar en forma similar de la “relatividad del contradictorio”.⁷⁰

66. La rama del proceso en la cual se inició esta nueva orientación de la igualdad real de las partes fue en el derecho procesal laboral, que surgió precisamente debido a la comprobación de que en los conflictos obrero-patronales existe una parte débil: el trabajador. Al respecto, destacan las profundas reflexiones del procesalista uruguayo Eduardo J. Couture sobre la “igualdad por compensación”, para lograr el equilibrio de las partes en el mencionado derecho procesal del trabajo,⁷¹ pero también tiene aplicación en el proceso penal,⁷² por medio de un principio similar denominado *in dubio pro reo*,⁷³ tanto en el contenido del fallo como en el procedimiento. Otro principio de equilibrio de las partes en el mismo proceso penal es el relativo a la *presunción de inocencia* que consagran la mayoría de las Constituciones contemporáneas, así como los instrumentos internacionales y que tiene importantes repercusiones procesales.⁷⁴

⁷⁰ Cfr. Fix-Zamudio, Héctor, “Ejercicio de las garantías constitucionales sobre la eficacia del proceso”, en el libro del mismo autor, *Latinoamérica: Constitución, proceso y derechos humanos*, cit., *supra* nota 39, pp. 493-503.

⁷¹ “Algunas nociones fundamentales del derecho procesal del trabajo”, en su libro *Estudios de derecho procesal*, 3a. reimpresión, Buenos Aires, Depalma, 1989, tomo I, pp. 271-288.

⁷² Sobre el derecho de defensa o debido proceso en el proceso penal, cfr. Gimeno Sendra, Vicente, *Constitución y proceso*, Madrid, Tecnos, 1988, pp. 88-122.

⁷³ Cfr. Sentís Melendo, Santiago, *In dubio pro reo*, Buenos Aires, EJE, 1971.

⁷⁴ Cfr. Vázquez Sotelo, Luis, *La presunción de inocencia del imputado e íntima convicción del tribunal*, Barcelona, Bosch, 1984.

IV. DEFENSA DE LA CONSTITUCIÓN Y GARANTÍAS CONSTITUCIONALES

67. Aun cuando siempre ha existido la preocupación de los pensadores políticos y de los juristas por la limitación del poder, no fue sino hasta los años treinta de este siglo, con la polémica entre Carl Schmitt y Hans Kelsen sobre el “defensor” o “protector” de la Constitución, cuando se inició una sistematización de los conceptos y de las ideas relativas a los instrumentos que se han establecido de manera paulatina, en una constante y atormentada lucha, para lograr la efectividad de las disposiciones de carácter fundamental (véase *supra* párrafo 4).

68. Rebasaría los límites de este breve trabajo el examen, así fuera superficial, de la tradición que, bajo diversas denominaciones e instituciones, representa el desarrollo de la idea de la defensa constitucional, tanto doctrinal como jurisprudencial y legislativa, por conducto de los conceptos de la justicia o jurisdicción constitucionales, o bien, de las garantías y los controles de la Constitución, los que se han manejado con bastante imprecisión respecto a la tutela de las normas fundamentales (véase *supra* párrafos 1 a 3).

69. Tenemos la convicción de que resulta necesario realizar una sistematización más estricta para efectos de estudio, que nos permita una visión de conjunto sobre los instrumentos que se han establecido en las Constituciones de nuestra época para la protección jurídica de sus disposiciones fundamentales, ya que los numerosos y complejos problemas que han surgido en esta materia se encuentran diseminados en los diversos estudios sobre teoría de la Constitución.

70. De esta manera y como idea provisional y aproximada, podemos afirmar que la defensa de la Constitución está integrada por todos aquellos instrumentos jurídicos y procesales que se han establecido tanto para conservar la normativa constitucional como para prevenir su violación, reprimir su desconocimiento y, lo que es más importante, lograr el desarrollo y la evolución de las propias disposiciones constitucionales en un doble sentido: desde el punto de vista de la Constitución formal, a fin de lograr su paulatina adaptación a los cambios de la realidad político-social, y desde la perspectiva de la Constitución real, su transformación de acuerdo con las normas programáticas de la propia Carta Fundamental. En esta dirección, nos atrevemos a sostener que una verdadera defensa constitucional es la que puede lograr la aproximación entre estos dos secto-

res, que en ocasiones pueden encontrarse muy distantes: la Constitución formal o jurídica, y la Constitución real o sociológica.⁷⁵

71. La Constitución, ya sea en sentido real como documento escrito, es forzosamente dinámica, y con mayor razón en nuestra época de cambios acelerados y constantes. Por este motivo, la defensa de la Constitución, aun desde la apreciación formal y de carácter positivo que hemos adoptado, tiene por objeto no sólo el mantenimiento o conservación de las normas fundamentales, sino también su evolución y su compenetración con la realidad política, para evitar que el documento escrito se convierta en una simple fórmula nominal o semántica de acuerdo con la terminología del notable constitucionalista alemán Karl Loewenstein,⁷⁶ es decir, que resulta digno de tutelarse un ordenamiento con un grado razonable de eficacia y de proyección hacia el futuro, ya que no sería posible ni deseable realizar el intento de proteger un simple conjunto de manifestaciones declamatorias.

72. Para el efecto de sistematizar una materia tan extensa y compleja, es preciso un ensayo de clasificación, no obstante el convencimiento de que toda división es forzosamente artificial. En este sentido, consideramos que el concepto genérico de “defensa de la Constitución”, puede escindirse en dos categorías fundamentales, que en la práctica se encuentran estrechamente relacionadas: la primera podemos denominarla, de manera convencional, como *protección de la Constitución*; la segunda, que ha tenido consagración en varias cartas fundamentales contemporáneas, comprende las llamadas *garantías constitucionales*.

73. A) *Protección de la Constitución*. Este primer sector se integra por todos aquellos factores políticos, económicos, sociales y de técnica jurídica, que han sido canalizados por medio de normas de carácter fundamental e incorporados a los documentos constitucionales, con el propósito de limitar el poder y lograr que sus titulares se sometan a los lineamientos establecidos en la propia Carta Fundamental, tanto por lo que respecta a sus atribuciones como también, y de manera esencial, en cuanto al respeto de los derechos humanos de los gobernados. En otras palabras, estos

⁷⁵ Cfr. Fix-Zamudio, Héctor, “La Constitución y su defensa”, en el libro del mismo nombre, México, UNAM, 1984, pp. 7-16, reproducido en la obra del mismo autor, *Justicia constitucional*, Ombudsman y derechos humanos, cit., *supra* nota 13, pp. 253-328.

⁷⁶ *Teoría de la Constitución*, trad. de Alfredo Gallego Anabitarte, Barcelona, Ariel, 1965, pp. 218-222.

instrumentos pretenden lograr el funcionamiento armónico, equilibrado y permanente de los poderes públicos y, en general, de todo órgano de autoridad.

74. B) *Garantías constitucionales*. La segunda categoría no las identifica, como se hizo tradicionalmente, con los derechos de la persona humana consagrados constitucionalmente, sino como los medios jurídicos, de naturaleza predominantemente procesal, que están dirigidos a la reintegración del orden constitucionalmente, cuando el mismo ha sido desconocido o violado por los propios órganos del poder y los instrumentos protectores, que mencionamos en el párrafo anterior, no han sido suficientes para lograr el respeto y cumplimiento de las disposiciones constitucionales.⁷⁷

V. EVOLUCIÓN DE LAS GARANTÍAS CONSTITUCIONALES

75. Ya señalamos en el párrafo anterior que las llamadas *garantías constitucionales* son aquellas que se utilizan cuando el orden constitucional es desconocido o violado, con objeto de restaurarlo. Deben considerarse como instrumentos que en su mayor parte tienen naturaleza procesal, con funciones de carácter reparador, sin embargo, como ya lo hemos afirmado, dichos medios no poseen naturaleza únicamente conservadora, es decir, que tiendan a mantener de manera pasiva las normas fundamentales, sino que también implican el desarrollo dinámico de la normativa constitucional para amoldarla a los cambios de la realidad y, al mismo tiempo, para modificar dicha realidad, a fin de hacer efectivas las disposiciones de principio o programáticos de la Ley Fundamental.

76. A) Sin embargo, el concepto de garantías constitucionales ha experimentado una evolución histórica a partir de su consagración en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789. De acuerdo con la idea que tenían los revolucionarios franceses, las garantías constitucionales (entonces únicamente de carácter individual) eran los derechos de persona humana precisados y establecidos en un documento de carácter fundamental, pues de esa manera eran conocidos

⁷⁷ Cfr. Fix-Zamudio, Héctor, *Veinticinco años de evolución la justicia constitucional*, cit., *supra* nota 2 pp. 17-18; *idem*, "La Constitución y su defensa", cit., *supra* nota, 75, pp. 257-261.

por gobernantes y gobernados y, además, tenían un carácter superior al de las disposiciones legislativas.⁷⁸ La realidad se encargó de desvanecer esta ingenua utopía, pues se advirtió muy pronto que la determinación y consagración de los derechos humanos no era suficiente para su respeto, por lo que el concepto de garantías constitucionales inició un desarrollo, por medio del cual se transformó de manera paulatina para llegar a su caracterización contemporánea.⁷⁹

77. B) Una segunda etapa en este desarrollo la podemos situar en el pensamiento del notable jurista alemán Jorge Jellinek, quien en las postrimerías del siglo anterior y los primeros años del presente realizó el estudio de los instrumentos de defensa de las normas fundamentales, a los que calificó de *garantías de derecho público*. Dividió estas garantías en tres sectores: a) *sociales*, b) *políticas* y c) *jurídicas*, y las concibió como los medios establecidos por el Constituyente para preservar el ordenamiento supremo del Estado, con lo cual abarcó los instrumentos que hemos calificados como medios de protección de la Ley Fundamental (véase *supra* párrafo 73). Sin embargo, al analizar las garantías de carácter jurídico expresó que la extensión de la jurisdicción al campo del derecho público se debía considerar como uno de los progresos más importantes en la construcción del Estado en el curso del siglo XIX. En virtud de que si bien en su época la propia jurisdicción se utilizaba para la protección del derecho objetivo, era eficaz, en particular, como “garantía” de los derechos públicos subjetivos de los individuos y de las asociaciones.⁸⁰

78. El antiguo profesor de la Universidad de Heidelberg finalizó sus reflexiones sobre las citadas garantías jurídicas del derecho público, con la observación de que estaba reservado al futuro el ofrecer al Estado, y por lo tanto, a la humanidad, ese bien tan difícil de conseguir, es decir, la

⁷⁸ Cfr. Duguit, León, *Traité de droit constitutionnel*, París, 1924, tomo III, pp. 561 y ss.; Hauriou, Maurice, *Principios de derecho público y constitucional*, trad. de Carlos Ruiz del Castillo, Madrid, s.f., pp. 95-100; Esmein, A., *Éléments de droit constitutionnel français et comparé*, 7a. ed., revisada por Henri Nézard, París, Recueil Sirey, 1921, tomo I, pp. 539-563.

⁷⁹ Como otras Constituciones latinoamericanas del siglo anterior, la Carta Federal mexicana de 1857 consideró como sinónimos, de acuerdo con la terminología tradicional de origen francés, a los que denominó “derechos del hombre”. Todavía nuestra Constitución actual de 1917 utiliza en varios de sus preceptos la terminología tradicional de origen francés.

⁸⁰ *Teoría general del Estado*, trad. de Fernando de los Ríos Urruti, Madrid, Librería General de Victoriano Suárez, 1915, tomo II, pp. 529-537.

posesión permanente de un orden jurídico inviolable, y concluyó su obra fundamental con la frase; “Con la mirada fija en ese futuro ponemos fin a este libro”.

79. C) Con la misma orientación, se dio un paso adelante con las reflexiones del distinguido constitucionalista francés León Duguit, quien separó las propias garantías constitucionales en a) *preventivas* y b) *represivas*. Afirmó que las primeras tendían a evitar las violaciones de las disposiciones fundamentales, pero cuando eran insuficientes para impedir la ruptura del orden constitucional, era necesario recurrir a las segundas, que eran las únicas que en determinados supuestos servirían de freno a la arbitrariedad del Estado, y agregó, de manera significativa, que dichas garantías represivas deberían residir en una alta jurisdicción de reconocida competencia, cuyo saber e imparcialidad estarían al cubierto de toda sospecha y ante cuyas decisiones se inclinara todo el mundo, gobernantes y gobernados, e inclusive el mismo legislador.⁸¹

80. Agregó el destacado constitucionalista francés que las “garantías represivas” implicaban el establecimiento de un sistema que permitiera descartar la aplicación de una ley contraria a los principios de libertad y que también sancionara la responsabilidad del Estado que expidiera una ley contraria al derecho o abandonara la organización de los servicios públicos que tuviera a su cargo. Consideraba como un ejemplo el sistema estadounidense, en el cual todos los jueces podían desaplicar las disposiciones legales contrarias a la Carta Federal, y cuando el Tribunal Supremo Federal declaraba que no debía aplicarse una ley por considerarla inconstitucional, no obstante que esa decisión sólo se dictaba para el caso concreto, todo el mundo la acataba, inclusive el Congreso, por lo que si bien dicha ley no se anulaba, caducaba *ipso facto*. Era partidario de que esas garantías se establecieran en Francia y que la Corte de Casación y el Consejo de Estado realizaran funciones similares a las del mencionado Tribunal Supremo Federal de los Estados Unidos.⁸²

81. D) Algunas décadas más tarde, el destacado jurista mexicano Rodolfo Reyes, quien residió un tiempo largo exiliado en España debido a

⁸¹ *Soberanía y libertad*, trad. de José G. Acuña, Buenos Aires, Editorial Tor, 1943, pp. 122-126.

⁸² *Op. ult. cit.*, p. 123.

su participación en una etapa de la Revolución Mexicana, y que además influyó decisivamente para que se introdujera el amparo en la Constitución republicana española de 1931, al examinar el concepto de “defensa constitucional” consideró, en forma similar a los tratadistas alemán y francés antes mencionados, que los medios (es decir, las garantías) para lograr esa defensa debían ser catalogados como a) *preventivos*, b) *represivos* y c) *reparadores*.⁸³

82. En concepto del estudioso mexicano, las garantías “preventivas” se concentraban en la supremacía constitucional, o sea, en el deber que tienen todas las autoridades, y entre ellas las legislativas, de obedecer ante todo a la Constitución, así como a los preceptos de esta última que establecen limitaciones a la propia autoridad frente a determinados derechos individuales o sociales, es decir, se refería a varios de los instrumentos que hemos considerado dentro de la idea de la “protección constitucional” (véase *supra* párrafo 73). Los medios “represivos” radicaban en el 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 (que pueden identificarse con el juicio político). Finalmente, los instrumentos “reparadores” eran los que de modo particular se habían ido estableciendo y perfeccionado para restablecer el Estado de Derecho, cuando la expedición de leyes desconociera las normas constitutivas fundamentales, ya fuera en cuanto a la forma o en cuanto al fondo, o sea, cuando se atacaran derechos constitucionales concedidos.⁸⁴

83. E) Esta evolución doctrinal culminó con las reflexiones que realizó el insigne jurista austriaco Hans Kelsen, quien aplicó al derecho constitucional los criterios lógicos que estableció en su clásico libro *Teoría pura del derecho*, sobre la norma que calificó de primaria, considerada como la “garantía” para lograr el cumplimiento coactivo, por parte del destinatario, de la disposición (secundaria) que establece la obligación jurídica,

⁸³ *La defensa constitucional. Los recursos de inconstitucionalidad y de amparo*, Madrid, Espasa Calpe, 1934, pp. 126-133.

⁸⁴ *Op. ult. cit.*, pp. 125-126.

así como su concepción de la Constitución como fundamento de validez de todo el ordenamiento jurídico.⁸⁵

84. Con apoyo en lo anterior, el notable jurista vienés desarrolló específicamente sus ideas sobre la “garantía jurisdiccional de la Constitución”, en el clásico estudio que publicó en 1928, que mencionamos anteriormente,⁸⁶ en el cual sistematizó de manera precisa y particularizada las ideas que lo llevaron a proponer la creación de la Corte Constitucional en la Carta Federal austriaca de 1920, cuyo título VI, sobre la organización, competencia y funcionamiento de la Corte Administrativa Federal (*Verwaltungsgerichtshof*) y de la Corte Constitucional (*Verfassungsgerichtshof*). Este estudio recibió la denominación de “Garantías de la Constitución y de la administración” (*Garantien der Verfassung und Verwaltung*).⁸⁷

85. El mencionado autor consideró que las garantías constitucionales debían considerarse como los medios generales que la técnica moderna había desarrollado en relación con la regularidad de los actos estatales en general, y que separó en dos sectores: a) *preventivas* o *represivas*, y b) *personales* u *objetivas*. Entre las primeras, la anulación del acto inconstitucional, inclusive de carácter legislativo (pero en este último supuesto la anulación debía tener efectos generales o *erga omnes*), era la que representaba la garantía principal, aun cuando también eran posibles las de carácter represivo, tales como la responsabilidad constitucional (política) y la civil de los órganos que realizaran actos irregulares. La función de anular los actos y las normas generales de carácter irregular emitidos por los órganos gubernamentales debía corresponder a un organismo jurisdiccional, cuya actividad podía considerarse como de carácter legislativo negativo.⁸⁸

86. a) El anterior desarrollo doctrinal se transformó en una evolución legislativa, ya que a partir de la Constituciones austriaca y checoslovaca

⁸⁵ 2a. ed., trad. de Roberto J. Vernengo, 5a. ed., México, UNAM, 1986, especialmente pp. 129 y ss., 201 y ss.; *idem*, *Teoría general del derecho y del Estado*, trad. Eduardo García Máynez, 2a. ed., 3a. reimpresión, México, UNAM, 1983, pp. 68-75.

⁸⁶ “La garantie juridictionnelle de la Constitution. (La justice constitutionnelle)”, cit., *supra* nota 18, pp. 197-257, trad. castellana, pp. 471-525.

⁸⁷ Cfr. Metall, Rudolf Aladár, *Hans Kelsen. Vida y obra*, trad. de Javier Esquivel, México, UNAM, 1976, pp. 41-44. Por otra parte, el mismo Kelsen fue magistrado de la Corte Constitucional austriaca de 1921 a 1930, misma obra, pp. 54-63 y 126.

⁸⁸ “La garantía jurisdiccional de la Constitución”, cit., *supra* nota 18, pp. 482-493.

de 1920, que introdujeron a la Corte Constitucional como la garantía de mayor importancia, en la misma dirección y también por influencia del pensamiento kelseniano mencionado en los párrafos anteriores, el título IX de la Constitución republicana española de 9 de diciembre de 1931 recibió la denominación de “Garantías y reforma de la Constitución”. Las primeras comprendían los *recursos de inconstitucionalidad y de amparo*; la decisión de los conflictos de competencia legislativa y de otros que surgieran entre el Estado y las regiones autónomas, así como los de éstas entre sí; la responsabilidad criminal del jefe del Estado, el presidente del Consejo y de los ministros, así como de los magistrados del Tribunal Supremo y del fiscal de la República. El conocimiento de estas materias se encomendó a un organismo jurisdiccional que recibió la denominación significativa de Tribunal de Garantías Constitucionales.⁸⁹

87. b) A partir de entonces se extendió la concepción de las garantías constitucionales como instrumentos de tutela de las disposiciones fundamentales para lograr su restitución cuando hubiesen sido desconocidas o violadas, lo que trascendió a la denominación que se adoptó en las Cartas surgidas con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial. Así, podemos citar el título IV de la Constitución italiana que entró en vigor el 1 de enero de 1948, el cual se intitula Garantías constitucionales, y comprende la organización y competencia de la Corte Constitucional (artículos 134-137), pero además consigna el procedimiento dificultado de reforma de misma ley suprema (artículos 134-137), que desde nuestro punto de vista no puede considerarse como una garantía en sentido estricto, sino como un medio de protección (véase *supra* párrafo 73).⁹⁰

88. c) También se puede citar la institucionalización del concepto actual de garantías constitucionales por la Carta portuguesa del 25 de abril de 1976, reformada en 1982, que el título I, de su parte IV, relativa a la regu-

⁸⁹ Cfr. Cascajo Castro, José Luis, “Kelsen y la Constitución española de 1931”, *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, enero-febrero de 1978, pp. 243-255; Alcalá-Zamora y Castillo, Niceto, “Significado y funciones del Tribunal de Garantías Constitucionales”, en el libro del mismo autor, *Ensayos de derecho procesal civil, penal y constitucional*, Buenos Aires, Edición de la Revista de Jurisprudencia Argentina, 1944, pp. 503-505; Reyes, Rodolfo, *La defensa constitucional*, cit., *supra* nota 83, pp. 134-306.

⁹⁰ Cfr. Pizzorusso, A., Volpe, G., y otros, *Garanzie costituzionali. Commentario della Costituzione a cura di G. Branca (art. 134-139)*, Bolonia-Roma, Zanichelli Editore, Il Foro Italiano, 1979.

lación de las *garantías de la Constitución*, contiene las disposiciones sobre la “fiscalización de la Constitución” (artículos 277-285), que incluyen, por acción y omisión, la declaración de inconstitucionalidad, así como los órganos encargados para decidir estos procedimientos, de manera particular, el Tribunal Constitucional.⁹¹

89. d) La Constitución española del 29 de diciembre de 1978 contempla de manera exclusiva las garantías constitucionales en relación con la tutela de los derechos fundamentales, en virtud de que el capítulo IV, del título I, de la propia Ley Fundamental lleva el título “De las garantías de las libertades y derechos fundamentales”, que correctamente comprende a los instrumentos procesales relativos al procedimiento preferente y sumario ante los tribunales ordinarios; a los recursos de amparo y de inconstitucionalidad; e incluye también la figura del Defensor del Pueblo (*Ombuds-man*), como alto comisionado de las Cortes Generales designado por éstas para la defensa de los citados derechos y libertades (artículos 53-54).⁹²

90. e) Esta terminología moderna también se ha introducido en las constituciones latinoamericanas recientes, ya que en las anteriores había predominado el concepto tradicional de las garantías constitucionales como sinónimo de los derechos humanos consagrados constitucionalmente. Así, podemos mencionar, en primer término, el título V de la Constitución peruana de julio de 1979, sobre *las garantías constitucionales* (artículos 295-305), y que comprendía las *acciones de hábeas corpus, de amparo y de inconstitucionalidad*, así como la organización y funcionamiento del organismo de última instancia que debía conocer de estos instrumentos, calificado como Tribunal de Garantías Constitucionales, nombre inspirado en la Constitución española de 1931 (véase *supra* párrafo 86).⁹³ La Carta Fundamental de Perú, aprobada en referéndum de octubre de 1993 y que sustituyó a la anterior de 1979, ha seguido la misma denominación en su título V (artículos 200-205), que conserva el nombre de *garantías constitucionales*, entre las cuales, además de las tres mencionadas anteriormente

⁹¹ Cfr. Miranda, Jorge, *Manual de direito constitucional*, 3a. ed., Coimbra, Coimbra Editora Limitada, 1991, tomo II, pp. 349-527.

⁹² Entre otros, Fernández Segado, Francisco, *El sistema constitucional español*, Madrid, Dykinson, 1992, pp. 476-498.

⁹³ Cfr. García Belaúnde, Domingo, *Teoría y práctica de la Constitución peruana*, Lima, Editorial y Distribuidora de Libros, 1989, tomo I, pp. 240-339.

(acciones de *habeas corpus*, amparo y de inconstitucionalidad), agrega la *acción popular* (contra las infracciones de la Constitución y de la ley por reglamentos, normas administrativas, resoluciones y decretos de carácter general) y la *acción de cumplimiento* (contra cualquier autoridad o funcionario renuente a acatar una norma legal o un acto administrativo).⁹⁴

91. f) En esta misma dirección, el capítulo XII del título II de la Constitución paraguaya, de junio de 1992 (artículos 131-136), se intitula “De las garantías constitucionales”, entre las cuales incluye la *inconstitucionalidad*, el *habeas corpus*, el *amparo*, el *habeas data*, pero también la *competencia y de la responsabilidad de los magistrados*, que no corresponden estrictamente a esta categoría.

92. g) Con menor precisión, la Constitución federal brasileña de octubre de 1988 concentra el título II (artículos 5o. a 17) los *derechos y garantías constitucionales*, y particularmente en el artículo 5o., comprende, de manera indiscriminada, los derechos individuales y los instrumentos para tutelar estos derechos; y también los de carácter social comprendidos en los artículos del 6o. al 11. En efecto, además de los derechos propiamente dichos, incluye las siguientes garantías: *habeas corpus* (artículo 5o., fracción LXVIII); *mandado de segurança* (similar al amparo) (artículo 5o., fracción LXIX); *mandado de segurança coletivo* (que puede ser interpuesto por los partidos políticos, organizaciones sindicales, entidades de clase o asociaciones legalmente constituidas y con un año de funcionamiento) (artículo 5o., fracción LXX); *mandado de injunção* (contra la falta de norma reglamentaria que haga inviable el ejercicio de los derechos y libertades constitucionales y las prerrogativas relativas a la nacionalidad, la ciudadanía y la soberanía) (artículo 5o., fracción LXXI); *habeas data* (para el conocimiento y rectificación de informaciones contenidas en registros o bancos de datos de autoridades gubernamentales o de carácter público) (artículo 5o., fracción LXXII); así como la *acción popular* (para anular actos lesivos al patrimonio público o de las entidades gubernamentales, pero también las que afecten la moralidad administrativa, el medio ambiente y al patrimonio histórico y cultural, y que se ha utilizado para la defen-

⁹⁴ Cfr. García Belaúnde, Domingo, “Garantías constitucionales en la Constitución peruana de 1993”, en la obra *La Constitución de 1993. Análisis y comentarios*, Lima, Comisión Andina de Juristas, 1994, tomo I, pp. 253-264.

sa de los llamados intereses o derechos de carácter difuso (artículo 50., fracción LXXIII).⁹⁵

93. h) La Constitución colombiana de julio de 1991, en su título II, “De los derechos, las garantías y los deberes”, consigna en su capítulo 4, “De la protección y aplicación de los derechos”, el equivalente de las garantías constitucionales en sentido estricto (artículos 83-94), pues comprende los siguientes instrumentos: *acción de tutela* (similar al derecho de amparo); *las acciones populares* para la protección e intereses colectivos (de carácter difuso) relacionadas con el patrimonio, el espacio, la seguridad y la salubridad públicos, la moral administrativa, el ambiente, la libre competencia económica y otros de similar naturaleza; así como, además de las anteriores, los recursos, acciones y los procedimientos necesarios para que los afectados puedan propugnar por la integridad del orden jurídico y por la protección de sus derechos individuales, de grupo o colectivos, frente a la acción u omisión de las autoridades públicas. También se incluye en este sector la responsabilidad patrimonial del Estado por los daños antijurídicos que le sean imputables por la acción u omisión de las propias autoridades públicas, así como la facultad a cualquier persona individual o colectiva para solicitar la aplicación de sanciones penales o disciplinarias en relación con la conducta de las mismas autoridades.⁹⁶

94. Como puede observarse de la simple descripción anterior, las Constituciones contemporáneas han configurado las garantías constitucionales, con mayor o menor precisión, como los instrumentos tutelares tanto de los derechos fundamentales como de las atribuciones de los órganos de gobierno, contra su afectación por parte de las autoridades públicas, y si bien no se han incluido expresamente en los instrumentos protectores a los organismos inspirados en el modelo del *Ombudsman*, salvo la Constitución española de 1978 (véase *supra* párrafo 89), desde el punto de vista doctrinal se advierte la tendencia a comprender dicha institución dentro de este concepto de las garantías constitucionales, ya que realiza

⁹⁵ Cfr. Silva, José Afonso da, “Título VI. Garantías constitucionais”, de su libro *Curso de direito constitucional positivo*, 9a. ed., 3a. reimpresión, São Paulo, Malheiros Editores, 1993, pp. 359-408.

⁹⁶ Cfr. SÁCHICA, Luis Carlos, *Nuevo constitucionalismo colombiano*, 10a. ed., Santa Fe de Bogotá, Temis, 1992, pp. 205-221; HENAO HIDRÓN, Javier, *Panorama del derecho constitucional colombiano*, 8a. ed., Santa Fe de Bogotá, Temis, 1992, pp. 172-192.

funciones de apoyo y auxilio a los organismos jurisdiccionales a los que se encomiendan esencialmente, el conocimiento y decisión sobre las citadas garantías.⁹⁷

VI. CONTENIDO DEL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL.

95. Los autores que se han ocupado del análisis de la disciplina jurídica que hemos denominado derecho procesal constitucional, le atribuyen una extensión diversa según consideren que existen dos disciplinas de confluencia (derecho procesal constitucional y derecho constitucional procesal) (véase *supra* párrafo 9), o bien una sola con el primer nombre que comprenda las instituciones de ambas, pero la mayoría de dichos tratadistas, quienes se inspiran en la teoría o doctrinal general del proceso o del derecho procesal, estudian las instituciones y los órganos de solución de conflictos constitucionales desde una triple perspectiva, que un sector mayoritario de la doctrina procesal ha calificado como “trilogía estructural del proceso”, es decir: la acción, la jurisdicción y el proceso.⁹⁸ *En tal virtud, varios de los autores que se ocupan de esta materia, señalan que el contenido del derecho procesal constitucional comprende la acción, la jurisdicción y el proceso constitucionales, si bien con algunas modalidades.*⁹⁹

96. Si bien estamos de acuerdo con este planteamiento, puesto que es preciso tomar en consideración estas categorías fundamentales de todas las disciplinas procesales, la forma de analizarlas tiene aspectos peculiares en el derecho procesal constitucional, por tratarse de una materia relativamente reciente, que todavía se encuentra en formación, y lo demuestran las diversas maneras de abordar dichas categorías, que

⁹⁷ Cfr. Carpizo, Jorge, Cossío Díaz, José Ramón y Fix-Zamudio, Héctor, “La justicia constitucional en México”, cit., *supra* nota 44, pp. 785-795.

⁹⁸ Cfr. Alcalá-Zamora y Castillo, Niceto, “Trayectoria y contenido de una teoría general del proceso”, cit., *supra* nota 47, tomo I, pp. 516-523

⁹⁹ Cfr. Sagüés, Néstor Pedro, *Recurso extraordinario*, cit., *supra* nota 15, tomo I, pp. 8-10; Gozaíni, Osvaldo Alfredo, *El derecho procesal constitucional y los derechos humanos*, cit., *supra* nota 8, pp. 85-202; Hernández Valle, Rubén, *Derecho procesal constitucional*, San José, Editorial Juricentro, 1995, pp. 34-37; García Belaúnde, Domingo, “Sobre la jurisdicción constitucional”, cit., *supra* nota 6, pp. 36-42, y Rodríguez Domínguez, Elvito A., *Derecho procesal constitucional*, cit., *supra* nota 10, pp. 17-22.

es muy variable en los cultivadores de este sector de la ciencia procesal. Por este motivo y apoyándonos en la autoridad de Mauro Cappelletti, uno de los procesalistas más distinguidos de nuestra época y que ha hecho aportaciones de gran trascendencia en nuestra disciplina, es posible señalar que el contenido del derecho procesal constitucional, a la luz de la trilogía estructural antes mencionada, comprendería tres aspectos, que sólo pueden separarse para efectos de estudio, pero que en la práctica están estrechamente relacionados, es decir: A) *jurisdicción constitucional de la libertad*; B) *jurisdicción constitucional orgánica*, y C) *jurisdicción constitucional transnacional*, división que, también con matices, han seguido los autores mencionados en el párrafo anterior.¹⁰⁰ Haremos una descripción muy breve de cada uno de ellos.

A) *Jurisdicción constitucional de la libertad*

97. Este sector ha recibido una denominación que ha tenido una gran aceptación y que se inicia en una obra clásica del propio Mauro Cappelletti, publicada originalmente en 1955.¹⁰¹ Ha alcanzado un gran desarrollo en los últimos años, ya que se refiere a los instrumentos establecidos en la mayoría de los ordenamientos constitucionales de nuestra época,, con objeto de tutelar jurídicamente los derechos humanos establecidos en los mismos ordenamientos, y en los últimos años, también los consagrados en los instrumentos internacionales, cada vez más numerosos, los que además se aplican con un criterio progresivo.¹⁰²

98. Como resulta muy difícil proporcionar un panorama siquiera aproximado de los numerosos y complejos instrumentos procesales y jurídicos que se han desarrollado en las constituciones contemporáneas,¹⁰³ pueden ensayarse varias clasificaciones, pero consideramos más adecuada la que

¹⁰⁰ Cfr. Fix-Zamudio, Héctor, "La Constitución y su defensa", cit., *supra* nota 75, pp. 291-325.

¹⁰¹ *La giurisdizione costituzionale delle libertà*, Milán, Giuffrè, 1955, con varias ediciones posteriores, trad. castellana de Héctor Fix-Zamudio, *La jurisdicción constitucional de la libertad*, México, UNAM, 1961. Ver también Cascajo Castro, José Luis, "La jurisdicción constitucional de la libertad", *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, núm. 199, 1975, pp. 149-198.

¹⁰² Cfr. Nikken, Pedro, *La protección internacional de los derechos humanos. Su desarrollo progresivo*, Madrid, Civitas-Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1987.

divide los medios jurídicos de protección de los derechos humanos, de acuerdo con las regiones en las cuales se han originado.

99. a) En esta dirección podemos señalar, en primer lugar, a los mecanismos de tutela creados en Inglaterra y posteriormente en los países que estuvieron bajo su dominio, especialmente los Estados Unidos. El más antiguo es indudable el *habeas corpus*, que surgió en el primero de esos países desde la Edad Media.¹⁰⁴ De ahí pasó a las colonias británicas en América; se desarrolló por todos los países de la *Commonwealth*,¹⁰⁵ y se ha extendido a numerosos ordenamientos, inclusive los latinoamericanos y de Europa continental.¹⁰⁶

100. Otra creación del derecho angloamericano, que paradójicamente no pudo implantarse en Inglaterra, pero sí en sus colonias americanas, es la revisión judicial o *judicial review*, por medio de la cual se estableció primero la facultad y luego la obligación de los jueces de desaplicar las disposiciones legislativas contrarias a la Carta Fundamental, y que dio lugar al llamado "sistema americano" de control constitucional que examinamos brevemente con anterioridad (véase *supra* párrafos 18 y 19). Si bien su objeto esencial es la impugnación de las leyes inconstitucionales, este instrumento está estrechamente vinculado con la tutela de los derechos humanos, ya que se utiliza con frecuencia para desaplicar normas violatorias de los propios derechos fundamentales, y además en Latinoamérica fue uno de los paradigmas para el establecimiento del derecho de amparo.¹⁰⁷

101. b) En los ordenamientos latinoamericanos también han surgido instrumentos que posteriormente se han extendido a otras regiones. El

¹⁰³ Cfr. un intento de sistematización de estos instrumentos, en Fix-Zamudio, Héctor, *La protección jurídica y procesal de los derechos humanos ante las jurisdicciones nacionales*, cit., *supra* nota 17 y que aborda precisamente el contenido sumamente amplio de la "jurisdicción constitucional de la libertad".

¹⁰⁴ Cfr. Pollock, Frederick y Maitland, William, *The History of English Law*, reimpresión de la 2a. ed., Cambridge, Inglaterra, 1952, vol. II, pp. 587-589.

¹⁰⁵ Cfr. Sharpe, R. J., *The Law of "Habeas Corpus"*, Oxford, Oxford University Press, 1976, pp. 15 y ss.

¹⁰⁶ Cfr., entre otros, Sagüés, Néstor Pedro, *Derecho procesal constitucional*, tomo 4, *Habeas corpus*, 2a. ed., Buenos Aires, Astrea, 1988, pp. 16-60.

¹⁰⁷ Cfr. Fix-Zamudio, Héctor, "El juicio de amparo mexicano y el derecho constitucional comparado", en el libro del propio autor, *Ensayos sobre el derecho amparo*, México, UNAM, 1993, pp. 354-359.

más importante de todos es el *derecho de amparo*, que si bien surgió en la Carta Federal mexicana de 1857, pronto se extendió a otras constituciones y leyes de nuestra región, de tal manera que en la actualidad está regulado, inclusive con esta denominación, en las siguientes Leyes Fundamentales enumeradas por orden alfabético de países: Argentina (1853-1860, reformada en agosto de 1994), artículo 43; y consagrado también en varias Constituciones provinciales); Bolivia (1967), artículo 19; Costa Rica (1949, reformada 1989), artículo 48; Ecuador (1978, texto revisado de 1996), artículo 31; El Salvador (1983), artículo 247; Guatemala (1985), artículo 265; Honduras (1982), artículo 183; México (1917), artículos 103-107; Nicaragua (1987), artículo 188; Panamá (1972-1983), artículo 50; Paraguay (1992), artículo 128; Perú (1993), artículo 200.2; Uruguay (1967), implícitamente artículos 7o. y 72, y Venezuela (1961), artículo 49.

102. El derecho de amparo establecido en dichos preceptos constitucionales tiene por objeto, por medio de un procedimiento sencillo y breve dotado de medidas cautelares importantes, la tutela de todos los derechos humanos establecidos por las mencionadas Cartas Fundamentales (incluyendo, ya sea expresa o implícitamente los propios derechos consagrados en los tratados internacionales), con exclusión de la libertad e integridad personal, protegidos específicamente por el hábeas corpus, cuando esos derechos son violados por las autoridades públicas y en ocasiones también por sectores sociales situados en condiciones de predominio.¹⁰⁸

103. El derecho de amparo también se introdujo en la Constitución Republicana española, del 9 de diciembre de 1931 (artículos 105 y 121, inciso b), y restablecido en la Carta democrática del 6 de octubre de 1978 (artículos 53.2, 161.1 y 162.1).¹⁰⁹

104. Pero además, el derecho de amparo ha tenido influencia para la creación de otros instrumentos similares con denominaciones

¹⁰⁸ Cfr., entre otros, Brewer Carías, Allan R., *El amparo a los derechos humanos y a las libertades constitucionales (una aproximación comparativa)*, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 1993.

¹⁰⁹ La bibliografía española sobre el recurso de amparo constitucional es muy abundante, por lo que nos limitamos a señalar algunas de las obras monográficas más recientes: Cascajo Castro, José Luis, y Gimeno Sendra, Vicente, *El recurso de amparo*, 1a. reimpresión, Madrid, Tecnos, 1985; Cerdón Moreno, Faustino, *El proceso de amparo constitucional*, 2a. ed., Madrid, La Ley, 1992; Gimeno Sendra, Vicente, y Garberi Llobregat, José, *Los procesos de amparo (ordinario, constitucional e internacional)*, Madrid, Editorial Cotex, 1994; Fernández Farreres, Germán, *El recurso de amparo según la jurisprudencia constitucional*, Madrid, Marcial Pons, 1994.

equivalentes, tales como el *mandado de segurança* brasileño, consagrado actualmente por el artículo 5o., parágrafo LXIX de la Constitución brasileña del 5 de octubre 1988, y que algunos tratadistas lo han traducido al castellano como “mandamiento de amparo”;¹¹⁰ el *recurso de protección* establecido en el artículo 20 de la Constitución chilena de 1980, reformada en 1989;¹¹¹ y la *acción de tutela*, introducido en el artículo 86 de la Constitución colombiana de 7 de julio de 1991.¹¹²

105. c) Un tercer sector está formado por los instrumentos establecidos por los ordenamientos de Europa continental, específicamente los de lengua alemana, ya que han creado un recurso específico para la protección de los derechos humanos consagrados constitucionalmente, con una denominación que se ha traducido como “recurso constitucional” (*Beschwerde*), en el artículo 144 de la Constitución Federal austriaca de 1920, restablecida en 1945; *Verfassungsbeschwerde* (literalmente queja constitucional), en la Carta de la República Federal alemana de 1949 (artículo 93, inciso 4o., según reforma del 29 de enero de 1969); así como el llamado *Staatsrechtliche Beschwerde* (recurso o queja de derecho público) regulado por el artículo 113, inciso 3o., de la Constitución Federal suiza del 29 de mayo de 1874. Este instrumento puede ser interpuesto por los particulares afectados por la violación de sus derechos fundamentales en última instancia, ante la Corte Constitucional austriaca, el Tribunal Federal Constitucional alemán o ante el Tribunal Federal suizo, después de haber agotado los medios de defensa ordinarios.¹¹³ Por supuesto, el recurso constitucional de mayor importancia es el que se hace valer en último grado en el Tribunal Federal

¹¹⁰ La doctrina sobre este instrumento brasileño es muy amplia, ya que fue introducido desde la Carta Federal de 1934. Citamos sólo algunos estudios recientes, Sidou, J. M. Othon, *As garantias ativas dos direitos coletivos: habeas corpus, ação popular, mandado de segurança*, Rio de Janeiro, Forense, 1977; Flaks, Milton, *Do mandado de segurança. Pressupostos da impetração*, Rio de Janeiro, Forense, 1980; Barbi, Celso Agrícola, *Do mandado de segurança*, 3a. ed., Rio de Janeiro, Forense, 1980.

¹¹¹ Cfr. Soto Kloss, Eduardo, *El recurso de protección. Orígenes, doctrina y jurisprudencia*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1989; Lira Herrera, Sergio, *El recurso de protección. Naturaleza jurídica. Doctrina, jurisprudencia*, Santiago de Chile, 1990.

¹¹² Cfr. Charry, J. M., *La acción de tutela*, reimpresión, Santa Fe de Bogotá, Temis, 1992; Arenas Salazar, Jorge, *La tutela. Una “acción humanitaria”*, 2a. ed., Santa Fe de Bogotá, Ediciones Doctrina y Ley, 1993; Monroy Torres, Marcia y Álvarez Rojas, Fernando, *Jurisprudencia de la Corte Constitucional*, vols. III y IV, *La acción de tutela*, Santa Fe de Bogotá, Juris Editores, 1993.

Constitucional alemán, y ha asumido un gran significado en la jurisprudencia de dicho Tribunal.¹¹⁴ Por su proximidad con el recurso de amparo, especialmente el español, pero también el latinoamericano, algunos autores han traducido el nombre del instrumento alemán al castellano como "recurso de amparo".¹¹⁵

106. d) En los países socialistas no se aceptaba, salvo algunas excepciones, que los derechos fundamentales de los gobernados pudiera exigirse ante los tribunales, por considerarse dicha instancia como una institución burguesa. Por supuesto, lo anterior no era uniforme y en algunos ordenamientos de tradición occidental se admitían algunos supuestos de instancia judicial, así fuera como recursos administrativos.¹¹⁶ Pero la institución ante la cual los afectados podían hacer reclamaciones era la Fiscalía o *Prokuratura*, de acuerdo con el modelo soviético. Dicho organismo se ha asimilado al Ministerio Público en los países de Europa oriental e inclusive la República Rusa, que han adoptado actualmente las instituciones occidentales. Sin embargo, en los escasos ordenamientos que todavía se inspiran en el antiguo régimen soviético (Vietnam, Corea del Norte, República Popular China y Cuba), funciona todavía como el órgano estrictamente jerarquizado en sus diversos niveles y encargado de recibir las reclamaciones de los gobernados contra los actos de autoridades y de

¹¹³ Cfr. el estudio comparativo entre estos tres ordenamientos en Schuler, Andrea Hans, *Der Verfassungsbeschwerde in der Schweiz, der Bundesrepublik Deutschland und Österreich (El recurso constitucional en Suiza, la República Federal de Alemania y en Austria)*, Zurich, 1968.

¹¹⁴ Como la doctrina sobre este instrumento es muy amplia, nos limitamos a citar el estudio monográfico del profesor Gusy, Christoph, *Die Verfassungsbeschwerde. Voraussetzungen und Verfahren (El recurso constitucional. Presupuestos y procedimiento)*, Heidelberg, C.F. Müller, 1988, así como la parte relativa de Fix-Zamudio, Héctor, *La protección jurídica y procesal de los derechos humanos ante las jurisdicciones nacionales*, cit., *supra* nota 17, pp. 172-185 y la bibliografía allí citada.

¹¹⁵ Cfr. el reciente estudio del jurista alemán Häberle, Peter, "El recurso de amparo en el sistema germano federal de jurisdicción constitucional", trad. de Carlos Ruiz Miguel, en la obra *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*, cit., *supra* nota 44, pp. 227-282. Véase también, Fix-Zamudio, Héctor, "El juicio de amparo mexicano y el recurso constitucional federal alemán. (Breves reflexiones comparativas)", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 77, mayo-agosto de 1993, pp. 461-488.

¹¹⁶ Como un avance en este sentido, el artículo 57, segundo párrafo, de la Constitución soviética del 7 de octubre de 1977, dispuso: "Los ciudadanos de la URSS tienen derecho a la defensa judicial contra los atentados al honor, a la dignidad, a la vida y a la salud, a la libertad personal y al patrimonio".

organizaciones. Una vez recibidas las quejas individuales, en su función de fiscalizador de la legalidad socialista, el procurador o fiscal respectivo realiza gestiones ante las autoridades que se consideran responsables de dichas infracciones a fin de obtener su reparación y, de no lograrlo, se asciende en la escala jerárquica hasta llegar al Procurador o Fiscal General. Se ha señalado que esta labor es en cierto modo similar a la del *Ombudsman* de origen escandinavo que examinaremos más adelante.¹¹⁷

107. e) Un quinto sector está constituido por los organismos no jurisdiccionales que se inspiran en el *Ombudsman* origen escandinavo, y si bien no tienen un carácter estrictamente procesal, sus funciones se pueden situar dentro de la jurisdicción constitucional de la libertad, en virtud de su vinculación con los tribunales en sentido estricto, a los cuales apoyan y auxilian en su labor de protección de los derechos humanos, por medio de la recepción de quejas y reclamaciones individuales o inclusive de oficio, con objeto de reparar la violación de los derechos humanos de los gobernados realizadas por autoridades administrativas o por conductas administrativas de otros funcionarios públicos, en una primera gestión por medio de la conciliación, y si ésta no obtiene resultados, por conducto de una investigación que, en su caso, culmina con una recomendación no obligatoria, pero que tiene la fuerza de la publicidad.

108. Aun cuando se ha utilizado la denominación escandinava desde un punto de vista genérico, la institución ha recibido en los ordenamientos positivos diversas denominaciones, tales como Comisionado Parlamentario, *Médiateur*, *Volksamtwalschaft* (abogacía popular), Procurador de Derechos Humanos, Defensor del Pueblo (nombre del organismo español que ha tenido un gran éxito en Latinoamérica, etcétera), pero ha tenido un desarrollo *verdaderamente* dinámico en diversos ordenamientos pertenecientes a varias familias o tradiciones jurídicas, por lo que sin exageración se ha considerado como una "institución universal".¹¹⁸ Sería verdaderamente imposible dar una idea así sea superficial de la evolución

¹¹⁷ Cfr. sobre las semejanzas de ambas instituciones, Puget, Henry, "Le contrôle de l'administration, les systèmes classiques, l'*Ombudsman* et la Prokuratura", *Revue Internationale de Droit Comparé*, París, enero-marzo de 1965, pp. 5 y ss.; Boim, León, "Ombudsmanship in the Soviet Union", *The American Journal of Comparative Law*, verano de 1974, pp. 509-540.

¹¹⁸ Cfr. Legrand, André, "Une institution universelle: l'*Ombudsman*?", *Revue Internationale de Droit Comparé*, París, 1973, pp. 851-856.

del *Ombudsman* en sus diversas modalidades,¹¹⁹ pero en el ordenamiento mexicano, como ha ocurrido con el resto de Latinoamérica, su introducción ha sido muy reciente. En efecto, en nuestro país, la institución se estableció en la reforma constitucional publicada el 27 de enero de 1992, que adicionó un apartado B, al artículo 102 de la Carta Federal, que regula a la Procuraduría General de la República como cabeza del Ministerio Público Federal, para establecer estos organismos no jurisdiccionales de tutela de los derechos humanos, tanto en el ámbito nacional, como en el de las Entidades Federativas, con la denominación de “Comisiones de Derechos Humanos”, de manera que en la actualidad existen 33 organismos, es decir la Comisión Nacional, las de los Estados y la del Distrito Federal, por lo México tiene uno de los sistemas de *Ombudsman* amplios que existen actualmente.¹²⁰

B) *Jurisdicción constitucional orgánica*

109. Es aquella dirigida a la protección directa de las disposiciones y principios constitucionales que consagran las atribuciones de los diversos órganos del poder, y en este sector podemos señalar el control judicial de la constitucionalidad de las disposiciones legislativas, en especial el calificado como *control abstracto* de las propias normas constitucionales, el cual puede resolver las controversias entre los diversos órganos del poder sobre el alcance de sus facultades y competencias, en particular tratándose de normas legislativas.

¹¹⁹ Una visión panorámica puede consultarse en la extensa obra comparativa editada por Gerald E. Caiden, *International Handbook of the Ombudsman*, tomo I, *Evolution and Present Function*, tomo II, *Country Surveys*, Westport, Connecticut, Greenwood Press, 1983.

¹²⁰ Cfr., entre otros, Carpizo, Jorge, *Derechos humanos y Ombudsman*, México, UNAM-Comisión Nacional de Derechos Humanos, 1993; Rabasa Gamboa, Emilio, *Vigencia y efectividad de los derechos humanos en México. Análisis jurídico de la Ley de la CNDH*, México, Comisión Nacional de Derechos Humanos, 1993; Armienta Calderón, Gonzalo, *El Ombudsman y la protección de los derechos humanos*, México, Porrúa, 1992, pp. 27-73; Madrazo Cuéllar, Jorge, *Derechos Humanos. El nuevo enfoque mexicano*, México, FCE, 1993; *idem*, *El Ombudsman criollo*, México, Comisión Nacional de Derechos Humanos, 1996; Fernández Ruiz, Jorge, *Compilación de leyes de los organismos públicos de protección y defensa de los derechos humanos*, México, Comisión Nacional de Derechos Humanos, 1997.

110. Los instrumentos que conforman esta categoría surgieron históricamente en los países federales, en virtud de que era necesario resolver las controversias jurídicas que pudieran surgir entre los poderes centrales y los locales sobre las competencias establecidas por la Constitución Federal. Por ello, no resulta extraño que el primer documento fundamental que estableció el procedimiento para la decisión de estos conflictos fue la Constitución Federal de los Estados Unidos de América, de 1787, en su artículo III, sección 2, en cuanto atribuyó a la Corte Suprema Federal el conocimiento de las controversias en que participare Estados Unidos y de aquellas que surgieran entre dos o más Estados, disposición que en la práctica no tuvo una fácil aplicación, pues ocasionó serios debates y tesis jurisprudenciales. variables ¹²¹

111. Este tipo de conflictos fueron incorporados al conocimiento de los tribunales o cortes constitucionales especializados a partir de su creación en la Carta Federal austriaca de 1920, y posteriormente se han ampliado para comprender no sólo las controversias relativas a la competencia de las distintos ámbitos territoriales o verticales de los órganos del poder, sino también los llamados “conflictos de atribución”, es decir, aquellos que se producen entre órganos de la misma esfera, en la división horizontal de las funciones de los mismos órganos constitucionales del Estado, o sea una garantía jurídica del llamado principio de la división de poderes.¹²²

112. Sin embargo, es preciso aclarar que la división puramente conceptual entre las jurisdicciones orgánica y de la libertad no puede aplicarse de manera estricta en el desarrollo de la praxis de los citados mecanismos, ya que podemos citar el ejemplo significativo del Consejo Constitucional francés como instrumento establecido directamente para el examen de la constitucionalidad de las leyes aprobadas por el órgano legislativo, pero todavía no promulgadas (es decir, un control preventivo), y dirigido a la protección de las normas constitucionales que fijan las atribuciones

¹²¹ Cfr., entre otros, Schwartz, Bernard, *Los poderes del gobierno. Comentarios a la Constitución de los Estados Unidos*, vol. I, *Poderes federales y estatales*, trad. de Juan José Olloqui Labastida, México, UNAM, 1966, pp. 506-518.

¹²² Cfr. Gómez Montoro, Ángel J., *El conflicto entre órganos constitucionales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1992, pp. 93-190.

de los órganos del poder, el que se ha transformado en una jurisdicción constitucional de la libertad.¹²³

113. En resumen, el sector de la jurisdicción constitucional orgánica está constituida por los medios procesales, por conducto de los cuales los órganos estatales afectados, y en ocasiones un sector minoritario de los legisladores, pueden impugnar los actos y las disposiciones normativas de otros organismos del poder que infrinjan o invadan las competencias territoriales o atribuciones de carácter horizontal establecidas en las disposiciones constitucionales. Cuando el conflicto se refiere a la constitucionalidad de disposiciones legislativas, asume un carácter abstracto (lo que la doctrina alemana califica como *abstrakte Normenkontrolle*), es decir, dicha controversia no se plantea con motivo de un proceso concreto y puede interponerse previamente o con posterioridad a la promulgación o entrada en vigor de la ley respectiva.¹²⁴

114. En el texto original del artículo 105 de la Constitución Federal mexicana de 1917, con antecedentes en las Cartas Federales de 1824 y 1857, se regulaban las llamadas controversias constitucionales, que se referían a los conflictos de carácter vertical entre las distintas entidades territoriales de la Federación y de los Estados o éstos entre sí, pero las reformas constitucionales y legales de 1995 y 1996 extendieron dichas controversias también a los municipios y al Distrito Federal, pero también introdujeron los “conflictos de atribución” de naturaleza horizontal, entre los órganos legislativos y ejecutivos de los distintos niveles, y además se dividió dicho precepto en dos fracciones; en la segunda se creó una acción abstracta de inconstitucionalidad que pueden interponer el 33% de los miembros de las diversas legislaturas contra las leyes aprobadas por la mayoría, así como el Procurador General de la República, y las dirigencias de los partidos políticos cuando se trata de normas de carácter electoral (véase *supra* párrafo 29).¹²⁵

¹²³ Cfr. Favoreu, Louis y Loïc, Philip, *Les grands décisions du Conseil Constitutionnel*, 7a. ed., París, Sirey, 1993.

¹²⁴ Cfr. Fix-Zamudio, Héctor, *La protección jurídica y procesal de los derechos humanos ante las jurisdicciones nacionales*, cit., *supra* nota 17, pp. 170-172.

¹²⁵ Cfr. Fix-Zamudio, Héctor, *Introducción al estudio de la defensa de la Constitución en el ordenamiento mexicano*, 2a. ed., México, UNAM, 1998, 73-93 (Cuadernos Constitucionales México-Centroamérica, 12).

C) *Jurisdicción constitucional transnacional*

115. Aun cuando a primera vista pudiera parecer extraño que un sector del derecho procesal constitucional, que es predominantemente interno, tenga una proyección en el ámbito exterior del ordenamiento jurídico nacional, un examen más cuidadoso nos lleva al convencimiento de que existen cada vez más relaciones, y por ello, conflictos, entre la aplicación de las disposiciones constitucionales y las que pertenecen al campo transnacional, algunas de las cuales forman parte directa, o por medio de mecanismos de incorporación, del orden jurídico interno.¹²⁶

116. Los problemas en esta materia son bastante complejos y todavía se encuentran sujetos a revisión, debido a los constantes avances en los campos de los derechos internacional y comunitario, pero para efectos de estudio, pueden clasificarse en dos sectores principales; a) las normas o principios generalmente reconocidos y b) los tratados o convenios propiamente dichos. Estos tratados son los primeros que se tomaron en cuenta en las cartas constitucionales para su incorporación en el derecho interno. Así, podemos señalar que en el artículo VI de la Constitución Federal de los Estados Unidos de América de 1787 se dispuso que los tratados internacionales celebrados de acuerdo con la misma Constitución, o sea por el Presidente de la República con aprobación del Senado (artículo II, sección 2, inciso c), integran, conjuntamente con la propia Constitución y las leyes federales, el derecho supremo de la Unión. Al mismo tiempo, se otorgó al Poder Judicial Federal la facultad de conocer de las controversias derivadas de los propios tratados internacionales (artículo III, sección 2, inciso 1). La jurisprudencia de los citados tribunales otorgó a dichos tratados el carácter de normas ordinarias federales y examinó, en varias ocasiones, la conformidad de las disposiciones internas en relación con las normas internacionales.¹²⁷

¹²⁶ Cfr. Cappelletti, Mauro, "Justicia constitucional transnacional", trad. de Luis Dorantes Tamayo, en el libro del mismo autor, *La justicia constitucional. (Estudios de derecho comparado)*, cit., *supra* nota 2, pp. 215-242.

¹²⁷ Cfr. Henkin, Louis, *Foreign Affairs and the United States Constitution*, 2a. ed., Oxford-Nueva York, Clarendon Press, 1996, pp. 131-230.

117. Por lo que se refiere al otro sector, es decir, el de las reglas del derecho internacional generalmente reconocidas, éstas se han incorporado de manera expresa a las disposiciones constitucionales y, por tanto, a los ordenamientos internos, a partir de la primera posguerra. Podemos citar como ejemplo el artículo 4o. de la Constitución alemana, del 11 de agosto de 1919, en el cual se dispuso: "Las reglas del derecho internacional que sean generalmente reconocidas obligan como si formaran parte integrante del derecho alemán del *Reich*".¹²⁸

118. La incorporación a los ordenamientos constitucionales internos de las reglas de derecho internacional generalmente reconocidas, se ha incrementado en esta segunda posguerra y, con mayor razón, en las Cartas Fundamentales europeas, en virtud de la creación del derecho comunitario. Desde este ángulo, podemos citar algunos preceptos importantes, como la parte relativa del artículo 10 de la Constitución italiana de 1948, según el cual: "El ordenamiento jurídico italiano se ajustará a las normas generalmente reconocidas del derecho internacional". Es más significativo en esta dirección el artículo 25 de la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania de 1949: "Las reglas generales del derecho internacional forman parte del derecho federal. Tienen preferencia sobre las leyes y hacen nacer directamente derechos y obligaciones para los habitantes del territorio de la Federación". A su vez, en el artículo 8o. de la Constitución portuguesa de 1976-1982, se establece en su parte conducente: "1. Las normas y principios del derecho internacional general o común forman parte integrante del derecho portugués".¹²⁹

119. También podemos señalar como ejemplo reciente y significativo lo dispuesto en el artículo 154 de la Constitución de la Federación Rusa, de diciembre de 1993, en el cual establece: "Los principios y normas del derecho internacional y los tratados internacionales aprobados por la Federación Rusa son parte de su sistema jurídico. En el caso de que los tratados internacionales (aprobados por) de la Federación establezcan

¹²⁸ Cfr. Bühler, Ottmar, *La Constitución alemana de 11 de agosto de 1919*, trad. de José Rovira Armengol, Barcelona, Aguilar, 1931, pp. 139-150.

¹²⁹ Cfr. La Pergola, Antonio, *Constitución del Estado y normas internacionales*, trad. de José Luis Cascajo Castro y Jorge Rodríguez-Zapata Pérez, México, UNAM, 1985; *idem*, *Poder exterior y Estado de Derecho. El constitucionalista ante el derecho internacional*, trad. de José Luis Cascajo Castro, Universidad de Salamanca, 1987.

¹³⁰ Cfr. Berg, Ger P. van der, "Human Rights in the Legislation and the Draft Constitution of the Russian Federation", *Review of Central and East European Law*, núm. 3, 1992, pp. 197-251.

normas contrarias a las contenidas en las leyes, entonces se aplican las de los tratados internacionales".¹³⁰

120. Los preceptos anteriores son importantes en cuanto significan la incorporación automática al derecho interno de las normas consuetudinarias del derecho internacional, así como las de los tratados aprobados por los órganos respectivos, inclusive con jerarquía superior a las leyes ordinarias, como es el caso del transcrito artículo 25 de la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania. Además, a algunos de los países que hemos mencionado les son aplicables los principios generales que la Corte de la Unión Europea, con sede en Luxemburgo, ha establecido en su jurisprudencia.¹³¹

121. Algunos textos constitucionales se han significado en el reforzamiento de la jurisdicción constitucional de la libertad en el ámbito supranacional, por la incorporación de las normas internacionales y comunitarias en el campo de los derechos humanos. Al respecto, podemos señalar el artículo 16 de la Constitución portuguesa de 1976, reformada en 1982, que establece en su parte conducente: "2. Los preceptos constitucionales y legales relativos a los derechos fundamentales deber ser interpretados e integrados en armonía con la Declaración Universal de los Derechos del Hombre".¹³² A su vez, en el artículo 10, inciso 2, de la Carta española de 1978, se dispone, de manera similar: "Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España".¹³³

122. Esta preeminencia del derecho internacional de los derechos humanos, en particular el contenido en los tratados y convenciones, se advierte también en los ordenamientos latinoamericanos recientes. Podemos señalar como ejemplos importantes, en primer lugar el artículo 46 de la Constitución guatemalteca de 1985, en el cual se preceptúa: "Pre-

¹³¹ Cfr. Dubois, Louis, "El papel del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Objeto y ámbito de protección", en la obra *Tribunales constitucionales europeos y derechos humanos*, cit., *supra* nota 32, pp. 563-597.

¹³² Cfr. Miranda, Jorge, *Manual de direito constitucional*, cit., *supra* nota 91, tomo II, pp. 420-424.

¹³³ Cfr. Fernández Segado, Francisco, *El sistema constitucional español*, cit., *supra* nota. 92, pp. 165-169.

minencia del derecho internacional. Se establece el principio general de que en materia de derechos humanos los tratados y convenciones aceptados y ratificados por Guatemala tienen preeminencia sobre el derecho interno". Por su parte, en el artículo 105 de la Constitución peruana anterior de 1979, se les otorgaba un rango superior, al disponer que "Los preceptos contenidos en los tratados relativos a los derechos humanos tienen jerarquía constitucional". La Carta peruana vigente de 1993, no reconoce expresamente el carácter fundamental de los derechos establecidos en los tratados internacionales, pero el artículo 57, párrafo segundo, dispone que cuando un tratado de derechos humanos afecte disposiciones constitucionales debe ser aprobado por el mismo procedimiento que rige la reforma de la Constitución.

123. Por su parte, el artículo 142 de la Constitución paraguaya de 1992 establece que "Los tratados internacionales relativos a los derechos humanos no podrán ser denunciados sino por los procedimientos que rigen para la enmienda de la Constitución". Lo anterior equivale a establecer de manera implícita que dichos tratados poseen un rango similar al de las normas constitucionales. Una disposición equivalente es la contenida en el artículo 93 de la Carta colombiana de 1991, en cuanto sostiene: "Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y 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 ratificados por Colombia".

124. Este desarrollo ha culminado en las reformas de agosto de 1994 a la Constitución argentina de 1853-1860, ya que el texto actual del artículo 75, sobre las facultades del Congreso, dispone en la parte conducente de su inciso 22 (que otorga al citado Congreso la atribución de aprobar o desechar los tratados concluidos con las demás naciones y organizaciones internacionales), que "La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación

contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos y Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño, *en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la Primera Parte de esta Constitución (sobre declaraciones, derechos y garantías) y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara. Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional*".¹³⁴

125. Como puede observarse de la evolución anterior, en los ordenamientos constitucionales latinoamericanos se ha vigorizado la tendencia hacia la superioridad de los tratados internacionales sobre las disposiciones legales internas, aun cuando se conserva la supremacía de la Ley Fundamental, pero en el campo de los derechos humanos, los instrumentos internacionales adquieren una jerarquía todavía más elevada, que llega hasta su reconocimiento de nivel constitucional.¹³⁵

VII. DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL MEXICANO

126. De manera muy abreviada, puesto que este pequeño estudio únicamente pretende abordar los lineamientos introductorios a la doctrina general del derecho procesal constitucional, haremos una referencia muy incidental a lo que podría calificarse como "derecho procesal constitucional mexicano", el que tiene por objeto el análisis científico, desde la pers-

¹³⁴ Cfr. Natale, Alberto, *Comentarios sobre la Constitución. La reforma de 1994*, Buenos Aires, Depalma, 1995, pp. 99-107.

¹³⁵ Cfr. Fix-Zamudio, Héctor, "El derecho internacional de los derechos humanos en las Constituciones latinoamericanas y en la Corte Interamericana de Derechos Humanos", en la obra *El mundo moderno de los derechos humanos. Ensayos en honor de Thomas Buergenthal*, San José, Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1993, pp. 159-207; Dulitzky, Ariel E., "Los tratados de derechos humanos en el constitucionalismo iberoamericano", *Estudios especializados de derechos humanos. I*, compilados por Thomas Buergenthal y Antônio A. Cançado Trindade, San José, Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1996, pp. 129-166; Ayala Corao, Carlos, "La jerarquía de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos", en la obra *El nuevo derecho constitucional latinoamericano*, cit., *supra* nota 40, tomo II, pp. 741-763.

pectiva de la teoría o doctrina general del proceso o del derecho procesal, de las garantías constitucionales establecidas por la Carta Federal vigente de 1917, con sus numerosas reformas posteriores.¹³⁶

127. Es preciso recordar que nuestra Ley Suprema conserva la denominación histórica de garantías constitucionales como equivalente a la de los derechos fundamentales consagrados en la misma Carta Federal. El capítulo I del título primero de la propia Constitución se denomina de manera anacrónica: "De las garantías individuales". Los cursos que se imparten en las escuelas y facultades de derecho mexicanas, incluyendo la UNAM, se califican de "garantías individuales y sociales",¹³⁷ además con un criterio tradicional, pues no comprenden la enseñanza de los consagrados en los pactos y convenios internacionales sobre derechos humanos que han sido ratificados y aprobados en los términos del artículo 133 constitucional, y que, por lo mismo, ya forman parte del ordenamiento interno mexicano.¹³⁸

128. Sin embargo, se abre paso la tendencia hacia el análisis sistemático de nuestros instrumentos de tutela de las normas constitucionales y, desde este punto de vista, consideramos que pueden señalarse como las más importantes las siguientes garantías constitucionales, cuyo conjunto integran lo que puede calificarse de *derecho procesal constitucional mexicano*: A) *El juicio político* (artículo 110); B) *Las controversias constitucionales* (artículo 105, fracción I); C) *La acción abstracta de inconstitucionalidad* (artículo 105, fracción II); D) *El procedimiento de investigación de la Suprema Corte de Justicia* (artículo 97, párrafos segundo y tercero); F) *El juicio de amparo* (artículos 103 y 107); F) *El juicio para la protección de los derechos político-electorales* (artículo 99, fracción V); G) *El juicio de revisión constitucional electoral* (artículo 99, fracción IV); y H) *Los organismos autónomos no jurisdiccionales protectores de los derechos humanos*, inspirados en el modelo escandinavo del *Ombudsman* (artículo 102, Apartado B). Todos estos preceptos corresponden a la Constitución Federal.¹³⁹

¹³⁶ Cfr. Fix-Zamudio, Héctor, "La justicia constitucional en el ordenamiento mexicano", en la obra *Estudios jurídicos en torno a la Constitución mexicana de 1917 en su septuagésimo quinto aniversario*, México, UNAM, 1992, pp. 107-109.

¹³⁷ Cfr. Burgoa Orihuela, Ignacio, *Las garantías individuales*, 28a. ed., México, Porrúa, 1996; Castro, Juventino V., *Garantías y amparo*, 9a. ed., México, Porrúa, 1996.

¹³⁸ Cfr. Tapia Hernández, Silverio (compilador), *Principales declaraciones y tratados internacionales de derechos humanos ratificados por México*, 2a. ed., Toluca, Comisión de Derechos Humanos del Estado de México, 1994.

¹³⁹ Cfr. Fix-Zamudio, Héctor, *Introducción al estudio de la defensa de la Constitución en el ordenamiento mexicano*, cit., supra nota 125, pp. 67-143.

VIII. CONCLUSIONES

129. De las breves reflexiones anteriores, podemos llegar a las siguientes conclusiones:

130. *Primera.* En los años que siguieron a la segunda posguerra, se presentó un intenso desarrollo legislativo, jurisprudencial y doctrinal sobre uno de los temas de mayor trascendencia en el campo del derecho público de nuestra época, es decir, la materia que ha recibido las diversas denominaciones de *defensa, control, justicia, jurisdicción y derecho procesal*, todos estos vocablos con el calificativo de *constitucional*. No obstante que se utilizan como equivalentes, entre estas denominaciones existen matices y modalidades. A nuestro modo de ver, resulta preferible, por su vinculación con los estudios de teoría o doctrina general del proceso o del derecho procesal, el nombre de *derecho procesal constitucional*, para sustituir al que se ha utilizado hasta ahora de *justicia o jurisdicción constitucional*, para designar a la disciplina científica que analiza de manera sistemática las *garantías constitucionales*, entendidas como equivalentes a los derechos humanos consagrados constitucionalmente, sino como los instrumentos jurídicos predominantemente procesales, que se utilizan como medios para la solución de los conflictos que surgen de la aplicación de las normas de carácter constitucional.

131. *Segunda.* Si bien estos instrumentos o mecanismos de tutela de las normas constitucionales surgieron en el derecho positivo con mucha anticipación a su estudio científico, si se toma en cuenta, por ejemplo, la revisión judicial que ya se practicaba en las colonias inglesas en América y que se consignó en la Carta Federal de los Estados Unidos de América de 1787, en estricto sentido el análisis sistemático y comparativo de las garantías constitucionales es relativamente reciente, pues, a nuestro modo de ver, se inició en la primera posguerra con la polémica entre Carl Schmitt y Hans Kelsen, en los años treinta de este siglo, sobre el órgano "protector" o "defensor" de la Constitución, así como el clásico estudio del segundo de los autores mencionados, sobre la garantía jurisdiccional de la Constitución, que publicó en la revista francesa de derecho público en 1928, por lo que el propio Kelsen debe considerarse como el fundador de los estudios científicos sobre las garantías constitucionales en sentido actual, y por ello del derecho procesal constitucional.

132. *Tercera.* Para delimitar a la nueva disciplina del derecho procesal, lo que no resulta sencillo, es preciso distinguir entre denominaciones que se utilizan sin mayor reflexión como sinónimas. En efecto, la defensa de la Constitución debe entenderse como el conjunto de medios que se han establecido para lograr el respeto a las normas fundamentales, pero deben distinguirse en ese concepto genérico dos sectores. El primero, que se puede calificar para efectos de estudio como *protección de la Constitución*, se integra con los instrumentos políticos, económicos, sociales y jurídicos, canalizados por conducto de normas fundamentales, para lograr el funcionamiento armónico de los organismos constitucionales. Si dichos medios no son suficientes, deben utilizarse los instrumentos o mecanismos por medio de los cuales se puede restaurar el orden constitucional desconocido o violado, y éstos son precisamente las *garantías constitucionales*, que es la materia de estudio del derecho procesal constitucional. La defensa de la Constitución como concepto genérico debe considerarse no sólo como el conjunto de medios jurídicos y procesales para prevenir la infracción o para restaurar las normas fundamentales, sino también para la evolución de dichas normas a fin adaptarlas a los acelerados cambios sociales de nuestra época, y de manera recíproca para modificar la realidad política, económica y social, de acuerdo con las disposiciones programáticas o de principio de los ordenamientos fundamentales.

133. *Cuarta.* También debe tomarse en consideración que los ordenamientos constitucionales de nuestra época han consagrado, cada vez con mayor precisión, normas que regulan instrumentos de carácter procesal. Pero no todos estos instrumentos tienen como objeto la solución de los conflictos estrictamente constitucionales, ya que algunos de ellos están orientados a la prestación jurisdiccional ordinaria, que en términos genéricos puede calificarse como "acceso a la justicia". Esta situación ha producido una división en la doctrina, pues en tanto que algunos autores, entre quienes me encuentro, consideramos que dentro del campo del derecho constitucional se ha desarrollado un sector que se puede denominar "derecho constitucional procesal", que se ocupa del estudio de las normas fundamentales de contenido procesal, y además otra disciplina, pero que corresponde al derecho procesal, que puede calificarse como "derecho procesal constitucional". Otro sector de la doctrina estima que dichas denominaciones constituyen un juego de palabras, y que únicamente existe la segunda rama científica que abarca todas las normas constitucionales de contenido procesal, incluyendo los mecanismos de

solución de controversias fundamentales. En cualquier caso se trata de disciplinas de frontera y de confluencia que requieren de la colaboración permanente de los cultivadores tanto del derecho constitucional como los que se dedican al estudio del derecho procesal.

134. *Quinta*. De acuerdo con lo que hemos expuesto con anterioridad, podemos describir el derecho procesal constitucional como la disciplina jurídica, situada dentro del campo del derecho procesal, que se ocupa del estudio sistemático de las instituciones y de los órganos por medio de los cuales pueden resolverse los conflictos relativos a aplicación de los principios, valores y disposiciones fundamentales, con objeto de reparar las violaciones de los mismos. Estos instrumentos también pueden calificarse, según se ha dicho, como “garantías constitucionales”, en su concepción actual. Esta rama del derecho procesal general tiene como contenido el análisis de las tres categorías que integran lo que se calificado como “trilogía estructural del proceso”, es decir, *la acción, la jurisdicción y el proceso*. Pero estas tres categorías esenciales poseen aspectos peculiares en el derecho procesal constitucional, y por este motivo, como un ensayo de sistematización de la materia de esta disciplina reciente, todavía en formación, adoptamos la terminología, ya acreditada, del notable procesalista italiano Mauro Cappelletti quien además ha sido uno de los juristas que mayores aportaciones ha hecho a este sector del derecho procesal. Este autor ha distinguido, sólo para efectos de estudio, entre a) *jurisdicción constitucional de la libertad*, que se ocupa del estudio de los instrumentos que tienen como objeto específico la protección de los derechos humanos en sentido estricto: b) *jurisdicción constitucional orgánica*, que analiza los conflictos entre los diversos órganos del poder, tanto desde el punto de vista territorial o vertical, como respecto a las controversias de carácter horizontal (conflictos de atribución), y finalmente c) *jurisdicción constitucional supranacional*, que examina las relaciones cada vez más intensas y, por tanto, los conflictos entre el ordenamiento constitucional y los derechos internacional y comunitario.

Esta obra se terminó en el mes de junio de 1999 en los talleres de G.V.G. Grupo Gráfico, S.A. de C.V., Leandro Valle núm. 14 letra C, Col. Centro, C.P. 06010.

La edición consta de 4,000 ejemplares, y estuvo al cuidado de la Dirección de Publicaciones de la Comisión Nacional de Derechos Humanos.

