

CAPÍTULO TERCERO

EL CONCEPTO CONTEMPORÁNEO DE LAS GARANTÍAS CONSTITUCIONALES

I. DESARROLLO HISTÓRICO DEL CONCEPTO DE LAS GARANTÍAS CONSTITUCIONALES

88. Ya señalamos con anterioridad que el segundo sector de la defensa de la Constitución es el relativo a las llamadas “*garantías constitucionales*”, que son aquéllas que se utilizan cuando el orden constitucional es desconocido o violado, con el objeto de restaurarlo (ver *supra*, párrafo 20). Deben considerarse como instrumentos predominantemente de carácter procesal, con funciones de carácter reparador. Sin embargo, no son sólo de naturaleza conservadora; es decir, que tiendan a mantener de manera pasiva las normas fundamentales, sino que también implican el desarrollo dinámico de la normatividad 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 programáticas de la ley fundamental (ver *supra*, párrafo 16).

89. 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 sólo de carácter individual) eran los derechos de la persona humana, precisados y establecidos en un documento de carácter fundamental, pues de esa manera eran conocidos por gobernantes y gobernados y, además, tenían un carácter supe-

rior al de las disposiciones legislativas.⁷¹ 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; así, el concepto inició una evolución por medio de la cual se transformó de manera paulatina para llegar a su caracterización contemporánea.⁷²

II. LAS APORTACIONES DE JELLINEK, DUGUIT Y REYES

90. A) Una segunda etapa en este desarrollo la podemos situar en el pensamiento del notable publicista alemán Georg Jellinek, quien en las postrimerías del siglo XIX y los primeros años del XX 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, sociales, políticas y 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 calificado como medios de protección de la ley fundamental (ver *supra*, párrafo 19). Sin embargo, al analizar las garantías de carácter jurídico, vislumbró ya la superación de la idea tradicional, en cuanto expresó que la extensión de la jurisdicción al campo del derecho público debía considerarse 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.⁷³

71 Cfr. Duguit, León, *Traité de droit constitutionnel*, París, 1924, t. 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, y Esmein, A., *Eléments de droit constitutionnel français et comparé*, 7a. ed. revisada por Henry Nézard, París, Recueil Sirey, 1921, t. I, pp. 539-563.

72 La carta federal de 1857 consideró como sinónimos, de acuerdo con la terminología tradicional de origen francés, los derechos del hombre y las garantías individuales. Todavía nuestra Constitución actual de 1917 utiliza la terminología tradicional de origen francés.

73 Jellinek, Georg, *Teoría general del Estado*, trad. de Fernando de los Ríos Urruti, Madrid, Librería General de Victoriano Suárez, 1915, t. II, pp. 529-537.

91. Al respecto sostuvo el insigne constitucionalista alemán que correspondía a la naturaleza de las citadas *garantías jurídicas de derecho público* servir para asegurar el derecho y, a causa de su encadenamiento con los fenómenos sociales, tenían también repercusiones sociales y políticas. Dichas garantías jurídicas fueron divididas por Jellinek en dos grandes categorías, según tratasen de asegurar de un modo preferente el derecho objetivo o el derecho subjetivo. Por otra parte, las instituciones jurídicas mediante las que se obtenían las citadas garantías se podían separar en cuatro clases: de fiscalización, de responsabilidad individual, de función jurisdiccional y de medios jurídicos.

92. Finalizó el antiguo profesor de la Universidad de Heidelberg 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 tanto, a la humanidad, este bien tan difícil de conseguir, es decir, la 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".

93. B) Con la misma orientación, un paso adelante se obtuvo con la aportación del distinguido constitucionalista francés León Duguit, quien dividió las propias garantías constitucionales en "*preventivas*" y "*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 a cubierto de toda sospecha y ante cuyas decisiones se inclinara todo el mundo, gobernantes y gobernados e inclusive el mismo legislador.⁷⁴

⁷⁴ Duguit, León, *Soberanía y libertad*, trad. de José G. Acuña, Buenos Aires, Tor, 1943, pp. 122-126.

94. 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 ejemplo el sistema norteamericano, 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 estadounidense.⁷⁵

95. C) Algunas décadas más tarde, el destacado jurista mexicano Rodolfo Reyes, quien residió un tiempo largo exiliado en España debido a 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, de forma similar a Jellinek y Duguit, que los medios (es decir, las garantías) para lograr esa defensa debían ser catalogados en *preventivos, represivos y reparadores*.⁷⁶

96. 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 la Constitución, así como los preceptos de esta última que establecen limitaciones a la propia autoridad frente a determinados derechos individuales o sociales. Se refería a varios de los instrumentos que hemos considerado dentro de la idea de la "protección constitucional"

⁷⁵ *Ibidem*, p. 123.

⁷⁶ Reyes, Rodolfo, *La defensa constitucional. Los recursos de inconstitucionalidad y de amparo*, Madrid, Espasa Calpe, 1934, pp. 126-133.

(ver *supra*, párrafo 19). 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, ver *infra*, párrafo 114). Finalmente, los instrumentos “reparadores” eran los que de modo particular habían ido estableciéndose y perfeccionando para restablecer el Estado de derecho cuando la expedición de leyes desconocieran las normas constitutivas fundamentales, ya fuera en cuanto a la forma o en cuanto al fondo, o sea, cuando se atacaran derechos constitucionales concedidos.⁷⁷

III. LAS GARANTÍAS CONSTITUCIONALES EN EL PENSAMIENTO DE HANS KELSEN

97. Esta evolución doctrinal culminó con las reflexiones que realizó el ilustre jurista austriaco Hans Kelsen, que 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; así como su concepción de la Constitución como fundamento de validez de todo el ordenamiento jurídico.⁷⁸

98. 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 1928,⁷⁹ en donde 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

⁷⁷ *Ibidem*, pp. 125-126.

⁷⁸ Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, trad. de Roberto J. Vernengo, 2a. ed., México, UNAM, 1986, especialmente pp. 129 y ss., y 201 y ss., y Kelsen, Hans, *op. cit.*, nota 59, pp. 68-75.

⁷⁹ Kelsen, Hans, *op. cit.*, nota 15, pp. 197-257, trad. castellana, pp. 471-515.

la Corte Constitucional (*Verfassungsgerichtshof*) recibió la denominación de *Garantías de la Constitución y de la Administración* (*Garantien der Verfassung und Verwaltung*).⁸⁰

99. Kelsen señaló 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 dividió en *preventivas o represivas, personales u objetivas*. Entre las primeras, la anulación del acto inconstitucional, inclusive de carácter legislativo (pero en este último supuesto dicha 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 (ver *supra*, párrafos 12-13), cuya actividad podía considerarse de carácter legislativo negativo.⁸¹

IV. CONSAGRACIÓN DEL CONCEPTO ACTUAL DE LAS GARANTÍAS CONSTITUCIONALES EN LOS ORDENAMIENTOS FUNDAMENTALES

100. A partir de la Constitución austriaca de 1920, y de la ley constitucional checoslovaca del mismo año, que introdujeron el Tribunal Constitucional como la garantía constitucional de mayor importancia, en la misma dirección y también por influencia del pensamiento kelseniano (ver *supra*, párrafo 98), el título IX de la Constitución española de 9 de diciembre de 1931 recibió la denominación de *Garantías y reforma de la Cons-*

⁸⁰ Cfr. Metall, Rudolf Aladár, *Hans Kelsen. Vida y obra*, trad. de Javier Esquivel, México, UNAM, 1976, pp. 41-44 y 119-120. Por otra parte, el mismo Kelsen fue magistrado de la Corte Constitucional austriaca de 1921 a 1930, cfr. *ibidem*, pp. 54-63 y 126.

⁸¹ Kelsen, Hans, *op. cit.*, nota 15, pp. 482-493; Kelsen, Hans, *op. cit.*, nota 59, pp. 186-192.

titución. 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, del 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*.⁸²

101. 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 ha adoptado en las cartas surgidas con posterioridad a la segunda Guerra Mundial. Así, podemos citar el título VI de la Constitución italiana, que entró en vigor el 1 de enero de 1948, intitulado *garantías constitucionales* y que comprende la organización y competencia de la Corte Constitucional (artículos 134-137), pero, además, consigna el procedimiento dificultado de reforma de la misma ley suprema (artículos 134-137), que en nuestro concepto no puede considerarse como una garantía en sentido estricto, sino como un medio de protección (ver *supra*, párrafo 77).

102. También puede citarse la institucionalización del concepto actual de garantías constitucionales por la carta portuguesa de 25 de abril de 1976, reformada en 1982, que en el título I de su parte IV, relativa a la regulación de las *garantías de la Constitución*, contiene las disposiciones sobre la "fiscalización de la Constitución" (artículos 277-285), que incluyen la inconstitucionalidad por acción y la declaración de inconstitucionalidad, así como los órganos encargados para decidir estos

82 Entre otros, *cfr.* Alcalá-Zamora y Castillo, Niceto, "Significado y funciones del Tribunal de Garantías Constitucionales", en Alcalá-Zamora y Castillo, Niceto, *Ensayos de derecho procesal civil, penal y constitucional*, Buenos Aires, 1944 (edición de la Revista de Jurisprudencia Argentina, 1944, pp. 503-505), y Reyes, Rodolfo, *op. cit.*, nota 76, pp. 134-306.

procedimientos, de manera particular, el Tribunal Constitucional.

103. La Constitución española de 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 (*ombudsman*), como alto comisionado de las Cortes Generales, designado por éstas para la defensa de los citados derechos y libertades (artículos 53-54).

104. Esta terminología moderna también se ha introducido en las Constituciones latinoamericanas recientes, ya que en ellas 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 comprende las *acciones de habeas 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 (ver *supra*, párrafo 100). La carta fundamental de Perú, aprobada por referéndum en 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 (*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).

105. En esta misma dirección, el título XII del capítulo I 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.

106. Con menor precisión, la Constitución federal brasileña de octubre de 1988 concentra en 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 siguientes artículos (6o. a 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 colectivo* (que puede ser interpuesto por los partidos políticos, organizaciones sindicales, entidades de clase o asociaciones legalmente constituidas y con un año de funcionamiento); *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); *habeas data* —para el conocimiento y rectificación de informaciones contenidos en registros o bancos de datos de autoridades gubernamentales o de carácter público— (artículo 5o., fracción LXXII), así como *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 el patrimonio histórico y cultural, y que se ha utilizado para la defensa de los llamados intereses o derechos de carácter difuso— (artículo 5o., fracción LXXIII).

107. La Constitución colombiana de julio de 1991, en su título II, denominado "*De los derechos, las garantías y los deberes*", consigna en su capítulo 4, "*De la protección y aplicación de los derechos*", el equivalente a las garantías constitucionales en sentido estricto (artículos 83-94), pues comprende los si-

güientes instrumentos: *acción de tutela* (similar al derecho de amparo); *las acciones populares* para la protección de los derechos e intereses colectivos (de carácter difuso) 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; 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 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 de cualquier persona, individual o colectiva, para solicitar la aplicación de sanciones penales o disciplinarias en relación con la conducta de las mismas autoridades.

108. 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 (ver *supra*, párrafo 103), desde el punto de vista doctrinal se advierte la tendencia a comprender dentro de esta concepción de las garantías constitucionales dicha institución, ya que realiza funciones de apoyo y auxilio a los organismos jurisdiccionales a los que se encomiendan esencialmente el conocimiento y decisión sobre las citadas garantías.

V. EL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL

109. Por otra parte, el estudio sistemático de las garantías constitucionales, en el sentido contemporáneo que hemos des-

tacado en los párrafos anteriores, se atribuye a una disciplina procesal relativamente reciente, y que podemos calificar de *derecho procesal constitucional*, considerado como una rama del derecho procesal general, y que sigue los lineamientos de la teoría o doctrina generales del proceso o del derecho procesal. 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.⁸³

110. Es cierto que se avanzó considerablemente con los estudios que se han hecho de los propios instrumentos dentro del concepto de *justicia o jurisdicción constitucionales*, pero consideramos que un mayor avance radica en la consolidación de una disciplina procesal que, de manera más sistemática, contemple las garantías constitucionales bajo el enfoque de la ciencia procesal. Lo cierto es que la denominación de *derecho procesal constitucional* se generaliza en la doctrina más reciente, y al respecto podemos citar las obras de conocidos tratadistas como el español Jesús González Pérez,⁸⁴ el alemán Christian Pestalozza,⁸⁵ el costarricense Rubén Hernández Valle,⁸⁶ y los argentinos Alberto Osvaldo Gozaíni⁸⁷ y Néstor Pedro Sagüés.⁸⁸

⁸³ Cfr. Fix-Zamudio, Héctor, *Ensayos sobre el derecho de amparo*, México, UNAM, 1993, pp. 353-357.

⁸⁴ González Pérez, Jesús, *Derecho procesal constitucional*, Madrid, Civitas, 1979.

⁸⁵ Pestalozza, Christian, *Verfassungsprozessrecht* (Derecho procesal constitucional), 3a. ed., München, C. H. Beck, 1991.

⁸⁶ Hernández Valle, Rubén, *Derecho procesal constitucional*, San José, Juricentro, 1995.

⁸⁷ Gozaíni, Osvaldo Alfredo, *El derecho procesal constitucional y los derechos humanos (vínculos y autonomías)*, México, UNAM, 1995.

⁸⁸ Sagüés, Néstor Pedro, *Derecho procesal constitucional*, 2a. ed., ts. I y II, El recurso extraordinario (1988); t. III (4a. ed.), Acción de amparo (1995); t. IV, *Habeas corpus* (1989), Buenos Aires, Astrea.

Este último ha promovido la creación de cursos sobre el citado derecho procesal constitucional en las Facultades de Derecho de las Universidades argentinas. Recientemente ha aparecido la obra del tratadista peruano Elvito A. Rodríguez Domínguez, con la misma denominación.⁸⁹

⁸⁹ Rodríguez Domínguez, Elvito A., *Derecho procesal constitucional*, Lima, Editora y Distribuidora Jurídica Grijley, 1997.