

## LA LEGITIMACIÓN DEMOCRÁTICA DEL JUEZ CONSTITUCIONAL

Héctor FIX-ZAMUDIO\*

SUMARIO: I. *Introducción* II. *El régimen democrático contemporáneo*. III. *La judicialización de la política y sus transformaciones*. IV. *Surgimiento de la jurisdicción constitucional*. V. *Los dos grandes sistemas de justicia constitucional y su creciente aproximación*. VI. *El problema de la legitimación democrática de los organismos jurisdiccionales de solución de conflictos constitucionales*. VII. *Las relaciones entre democracia y justicia constitucional*. VIII. *La internacionalización de las Constituciones contemporáneas y su influencia en la justicia constitucional, especialmente en Iberoamérica*. IX. *Conclusiones*.

### I. INTRODUCCIÓN

1. Una cuestión previa al tema esencial de este modesto estudio, que se refiere a la legitimación democrática de los jueces integrantes de los organismos jurisdiccionales de resoluciones de las cuestiones de constitucionalidad, es la relativa a la vinculación del control de la constitucionalidad de los actos o normas generales de la autoridad con el régimen democrático, pues de manera periódica se plantean interrogantes sobre la legitimidad de los organismos jurisdiccionales que resuelven conflictos derivados de la aplicación de las normas fundamentales, que están facultados para tomar decisiones que afectan a los otros dos órganos de gobierno, es decir, el ejecutivo y el legislativo, no obstante que los miembros

\* Investigador emérito en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM y del Sistema Nacional de Investigadores; miembro de El Colegio Nacional.

bros de dichos tribunales no fueron elegidos por el sufragio popular, como lo son directa o indirectamente los titulares del gobierno y del Parlamento.

2. Debe tomarse en consideración que los regímenes democráticos contemporáneos son muy complejos, pues no se apoyan exclusivamente en el sufragio y en la voluntad de las mayorías, como se le consideraba al inicio de los regímenes constitucionales clásicos, es decir, los que surgieron con la Constitución de los Estados Unidos de 1787 y las primeras cartas fundamentales francesas revolucionarias de 1789 a 1799 y se prolongaron hasta el inicio de la Primera Guerra Mundial en 1914.<sup>1</sup> De acuerdo con este concepto original, la democracia se apoyaba en algunos presupuestos esenciales: entre ellos, la división tripartita de los órganos del poder a fin de que cada uno de ellos sirviera de peso y contrapeso a los demás; la existencia de varios partidos políticos; el sufragio directo o indirecto para la elección de los titulares del gobierno y de los órganos legislativos, y el reconocimiento de los derechos individuales de los gobernados.

3. También debe tomarse en consideración que los tribunales, cortes y salas constitucionales no sólo se encuentran vinculados con las normas constitucionales internas establecidas por el Poder Constituyente originario y los órganos de reforma de las mismas disposiciones fundamentales, sino también con las de carácter supranacional, debido al fenómeno creciente de la influencia del derecho internacional tanto consuetudinario como especialmente el convencional en el ámbito interno, ya que numerosos preceptos de este último son incorporados al ámbito interno, como *normas nacionales de fuente internacional*, pero también es preciso tener presentes las relaciones cada vez más frecuentes de la justicia constitucional con dichos organismos supranacionales, ya que éstos tienen la función de efectuar la interpretación final de las disposiciones supranacionales, cuando son impugnadas las decisiones de los tribunales constitucionales internos, de manera que la jurisprudencia de los organismos jurisdiccionales supranacionales poseen cada vez mayor aplicación en el ámbito interno, y también se advierte la trascendencia de los tribunales jurisdiccionales nacionales en la esfera internacional, ya que es preciso agotar los recursos internos

<sup>1</sup> Cfr. Biscaretti di Ruffia, Paolo, *Introducción al derecho constitucional comparado*, trad. de Héctor Fix-Zamudio, México, Fondo de Cultura Económica, 1996, autor que realizó un profundo análisis de las formas de gobierno en el Estado de democracia clásica, pp. 153-342.

para acudir, de manera subsidiaria y complementaria a los citados organismos internacionales.

## II. EL RÉGIMEN DEMOCRÁTICO CONTEMPORÁNEO

4. Al finalizar la Primera Guerra Mundial comenzó una evolución por medio de la incorporación de los derechos sociales, económicos y culturales en los textos fundamentales, movimiento que se ha calificado como *constitucionalismo social*, que por cierto se inició con la promulgación de la Constitución mexicana de 1917,<sup>2</sup> y posteriormente con otras cartas fundamentales de Europa Occidental, especialmente la expedida en Alemania en 1919, conocida como Constitución de Weimar,<sup>3</sup> y que culminó al terminar la Segunda Guerra Mundial con el establecimiento del *Estado de derecho democrático y social*.<sup>4</sup> Este movimiento se ha establecido en la mayoría de los regímenes políticos de nuestra época, con diversas modalidades inclusive en los países que seguían los lineamientos del Estado socialista de acuerdo con el modelo de la Unión Soviética, que fue abandonado a partir de 1989 (salvo contadas excepciones como la República Popular de China, Corea del Norte, Vietnam y Cuba), y sustituido por el paradigma occidental.

5. La democracia de nuestros días es de carácter complejo, pues ya no son suficientes los elementos clásicos, que pueden considerarse de carácter formal, sino que se requieren requisitos cada vez más numerosos para considerar que una organización jurídica, política y social pueda calificarse de democrática.<sup>5</sup> Esto se debe a que las comunidades actuales están

<sup>2</sup> Cfr. Álvarez del Castillo, Enrique, "El derecho social y los derechos sociales mexicanos", *Derechos del pueblo mexicano. México a través de sus Constituciones, Doctrina constitucional I*, 3a. ed., México, Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, -LII Legislatura-Miguel Ángel Porrúa, 1985, pp. 53-127.

<sup>3</sup> Cfr. Bühler, Ottmar, *La Constitución alemana del 11 de agosto de 1919*, trad. de José Rovira Armengol, Barcelona, Editorial Labor, 1951, pp. 121-129; Mirkine-Guetzevitch, Boris, "Estudio preliminar", *Las nuevas Constituciones del Mundo*, Madrid, Editorial España, 1931, pp. 35-40.

<sup>4</sup> Cfr. García Pelayo, Manuel, "El Estado social y sus implicaciones", *El Estado contemporáneo*, Madrid, Airel, 1977, pp. 13-82, reproducido en la obra *Manuel García Pelayo. Obras completas*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, t. II, pp. 1593-1654.

<sup>5</sup> La parte relativa del artículo 3o. de la Constitución Federal de 1917, de acuerdo con la redacción propuesta por el ilustre escritor mexicano Jaime Torres Bodet, quien

constituidas por diversos grupos sociales con intereses que en ocasiones son contrapuestos, y por ello ya no se debe regir simplemente por la voluntad mayoritaria expresada en las urnas, sino que es preciso establecer instituciones cada vez más complicadas, para lograr el respeto y participación de las minorías en las decisiones políticas de mayor nivel.<sup>6</sup> De igual forma, los derechos fundamentales deben estar tutelados a través de procedimientos judiciales con un acceso eficaz a la impartición de justicia; el establecimiento de instrumentos de consulta ciudadana en las cuestiones de mayor significación (tales como el referéndum, el plebiscito y la iniciativa popular, entre otros); por medio de la llamada *democracia participativa* como una forma de perfeccionar la tradicional *democracia representativa*, ya que la primera presupone la segunda,<sup>7</sup> con el objeto de lograr una verdadera pluralidad política así como una redistribución de bienes y servicios que implica la regulación de las actividades económicas, para asegurar un mínimo de bienestar a los gobernados.<sup>8</sup>

6. Por otra parte, también se deben tomar en consideración las relaciones entre el régimen democrático y el ordenamiento jurídico, en virtud de que existe una vinculación entre la libertad y la ley, pero la ley ya no constituye como lo pensaron los revolucionarios franceses un conjunto armónico de normas generales que en su conjunto podían tutelar los derechos fundamentales de los gobernados, ya que con el tiempo se ha desvanecido esta idea romántica de la legislación; el famoso mito russoniano de la voluntad general, se ha transformado en la actualidad en un conjunto abigarrado de disposiciones generales (que en ciertos supuestos

definió la democracia: (...) no solamente “*como una estructura jurídica y un régimen político, sino como un sistema de vida fundado en el constante mejoramiento económico, social y cultural del pueblo*” (las cursivas son nuestras).

<sup>6</sup> Cfr. Fix-Zamudio, Héctor, “Reflexiones sobre la función constitucional de la oposición política en el ordenamiento mexicano”, *Memoria de El Colegio Nacional, 1998*, México, 1999, pp. 67-100: “Aproximación al examen de la oposición política en el ordenamiento mexicano”, *Estudios de teoría del Estado y derecho constitucional en honor de Pablo Lucas Verdú*, Madrid, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas-Servicio de Publicaciones de Derecho, Universidad Complutense de Madrid, 2001, t. II, pp. 951-981.

<sup>7</sup> Cfr. Sartori, Giovanni, *¿Qué es la democracia?*, trad de Miguel Ángel González Rodríguez y María Cristina Pestellini Laparelli Salamon, México, Tribunal Federal Electoral-Instituto Federal Electoral, 1993, pp. 74-78.

<sup>8</sup> Cfr. Sartori, Giovanni, *Teoría de la democracia*, t. 1, *El debate contemporáneo*, t. 2, *Los problemas clásicos*, trad. de Santiago Sánchez González, Madrid, Alianza Editorial, 1987.

llegan a tener carácter particular), cada vez más abundantes y en ocasiones caóticas.<sup>9</sup> Por ello es preciso que este desorden legislativo sea sometido al examen de los organismos jurisdiccionales especializados en la resolución de cuestiones de constitucionalidad, a fin de sujetar al legislador a los mandatos de la Constitución, misma que debe servir de fundamento y validez a todo el ordenamiento jurídico y corregir las deficiencias y errores de la legislación. Señala certeramente Sartori que los legisladores no pueden expedir normas generales a su arbitrio, sino que deben sujetarse a la Constitución, a fin de que la legislación pueda considerarse democrática.<sup>10</sup>

7. Tenemos la convicción de que la inflación legislativa y reglamentaria que nos ha asolado en los últimos años, y que nos produce una sensación abrumadora de inseguridad e incertidumbre, sólo puede disiparse si tenemos como referencia los principios y valores constitucionales, así como los principios generales del derecho que conjuntamente nos pueden orientar en esa verdadera maraña legislativa. Nos parecen muy significativas las conclusiones a las que llega el destacado jurista español Eduardo García de Enterría, cuando afirma que la inevitable desvalorización de la ley y de los reglamentos ha alimentado el carácter sobresaliente de la Constitución como norma suprema del ordenamiento jurídico, ya que a la misma ha quedado remitida hoy la exigencia insoslayable de estabilidad, sin la cual resulta difícil que pueda vivir y asentarse un verdadero orden social.<sup>11</sup>

8. Por este motivo, las Constituciones contemporáneas establecen la exigencia expresa o implícita de que todas las normas generales deben interpretarse en todos los niveles normativos de acuerdo con la carta fundamental, sin perjuicio de que los organismos especializados en las cuestiones de constitucionalidad determinen el sentido final y definitivo de las disposiciones legislativas. Consideramos que es muy significativa la

<sup>9</sup> Cfr. García de Enterría, Eduardo, *Justicia y seguridad jurídica en un mundo de leyes desbocadas*, Madrid, Cuadernos Civitas, 1999, especialmente, pp. 47-52; *La Lengua de los derechos. La formación del derecho público europeo tras la Revolución francesa*, 2a. reimp. Madrid, Alianza Editorial, 2001, pp. 108-145.

<sup>10</sup> Cfr. *¿Qué es la democracia?*, cit, nota 7, pp. 169-173; Fix-Zamudio, Héctor, "Derecho, Constitución y democracia", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 50, mayo-agosto de 1984, pp. 481-514.

<sup>11</sup> *op. cit.*, nota 9, pp. 101 y 102.

redacción del artículo 5.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial español del 1o. de julio de 1985, en el cual se establece:

*La Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico y vincula a todos los jueces y tribunales, quienes interpretarán y aplicarán las leyes y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos...* (las cursivas son nuestras).

9. Pero que para lo anterior pueda realizarse, se requiere el cumplimiento de una condición básica, a saber, que la Constitución oriente a todo el ordenamiento jurídico con criterio democrático y de acuerdo con el mismo le confiera unidad y congruencia. Aun cuando existe una gran variedad de criterios doctrinales y jurisprudenciales sobre esta materia, sólo en vía ejemplo podemos citar al respecto el criterio expuesto por el conocido constitucionalista mexicano Jorge Carpizo, quien en un ensayo de clasificación de las cartas fundamentales de nuestra época desde el punto de vista ontológico, las divide en *a)* democráticas; *b)* cuasidemocráticas; *c)* democracias populares (en la actualidad prácticamente desaparecidas con muy pocas excepciones), y *d)* no democráticas. En esta dirección, sostiene el destacado jurista que una *Constitución democrática* es aquella que *realmente*: *a)* asegure ampliamente los derechos humanos; *b)* le garantice un mínimo de seguridad económica; *c)* que no concentre el poder en una persona o en un grupo sino que las funciones sean ejercidas de manera efectiva por diversos órganos, y *d)* que regula un sistema de partidos de acuerdo con el principio del pluralismo ideológico.<sup>12</sup>

10. Con motivo de este desarrollo, las Constituciones contemporáneas han incorporado las instituciones que se han considerado necesarias para realizar un régimen democrático, por lo que se han vuelto sumamente complejas, y en ocasiones inclusive exageradamente extensas,<sup>13</sup> ya que es frecuente la inclusión en su texto de preceptos que carecen de carácter

<sup>12</sup> Cfr. "La clasificación de las Constituciones. Una propuesta", *Estudios constitucionales*, 8a. ed., México, Porrúa-UNAM, 2003, pp. 413-433.

<sup>13</sup> Cfr. Sartori, Giovanni, *Ingeniería constitucional comparada. Una investigación de incentivos y resultados*, trad. de R. Reyes Masón, México, Fondo de Cultura Económica, 1994, pp. 213 y 214. De acuerdo con el notable jurista italiano, cuanto más larga sea una Constitución, menor será su mérito constitucional.

estrictamente constitucional desde el punto de vista material, pero que su importancia se les ha querido elevar a un rango fundamental.<sup>14</sup> Todo lo anterior provoca numerosos conflictos que ya no pueden resolverse exclusivamente por los organismos de carácter político, sino que requieren de la intervención de los tribunales, de acuerdo con una creciente tendencia hacia la *judicialización de la política*.

11. Pero como las propias Constituciones actuales además de normas preceptivas, han consagrado *principios y valores de carácter fundamental*, su aplicación requiere de una interpretación peculiar que se ha calificado como *interpretación constitucional*,<sup>15</sup> la que exige una gran sensibi-

<sup>14</sup> Cfr. Schmitt, Carl, *Teoría de la Constitución*, trad. de Francisco Ayala, México, Editora Nacional, 1952, en cuanto distingue entre el concepto positivo y el ideal de la Constitución. Este último corresponde a lo que actualmente se considera como el aspecto material de las normas constitucionales, pp. 23-47.

<sup>15</sup> Se ha incrementado recientemente el interés de la doctrina por la interpretación constitucional como una especie de la interpretación jurídica, pero con aspectos peculiares, y para concretarnos en la bibliografía mexicana o publicada en México, podemos citar entre otros, los trabajos de Fix-Zamudio, Héctor, "Algunos aspectos de la interpretación constitucional en el ordenamiento mexicano", *Revista Jurídica Veracruzana*, Jalapa, octubre-diciembre de 1970, reproducido en la obra *Comunicaciones Mexicanas al VIII Congreso Internacional de Derecho Comparado (Pescara, 1970)*, México, UNAM, 1971, pp. 271-309, y en *Comparative Juridical Review*, en versión bilingüe, español-inglés, Coral Gables, Florida, 1974, pp. 66-104 y 106-140 ("Some Aspects of Constitutional Interpretation in Mexico's Legal System"); Carpizo, Jorge, "La interpretación constitucional en México", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 12, septiembre-diciembre de 1971, pp. 381-402, reproducido posteriormente en la obra del mismo autor, *Estudios de derecho constitucional*, 9a. ed., México, Porrúa-UNAM, 1999, pp. 57-80; Carpizo, Jorge y Fix-Zamudio, Héctor, "Algunas reflexiones sobre la interpretación constitucional en el ordenamiento mexicano", *La interpretación constitucional*, México, UNAM, 1975, pp. 9-79. Más recientemente podemos citar a Canosa Usera, Raúl, "Interpretación constitucional y voluntad democrática"; Carmona Tinoco, Jorge Ulises, "Algunos aspectos sobresalientes de la interpretación judicial constitucional"; Fernández Segado, Francisco, "Reflexiones en torno a la interpretación de la Constitución"; Fix-Zamudio, Héctor, "Lineamientos esenciales de la interpretación constitucional"; García Belaunde, Domingo, "La interpretación constitucional como problema"; Guastini, Ricardo, "¿Peculiaridades de la interpretación constitucional?" (trad. de Miguel Carbonell); Häberle, Peter, "Métodos y principios de la interpretación constitucional. Un catálogo de problemas" (trad. de Héctor Fix-Fierro); Landa, César, "Teorías de la interpretación constitucional"; Quiroga León, Anibal, "La interpretación constitucional"; Silva Meza, Juan, "La interpretación constitucional en el marco de la justicia constitucional y la nueva relación entre poderes"; Tamayo y Salmorán, Rolando, "La interpretación constitucional (La falacia de la interpretación cualitativa)", y Vigo, Rodolfo Luis, "Directivas de la interpretación constitucional", todos los últimos estudios mencionados publicados en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *Derecho procesal constitu-*

lidad jurídica, política y social, además del equilibrio y de la serenidad de los organismos jurisdiccionales encargados de realizarla. El notable jurista italiano Mauro Cappelletti, recientemente desaparecido, destacó que los jueces constitucionales tienen un campo de interpretación muy amplio, ya que se encuentran sólo vinculados por los fines señalados en los citados principios y los valores de las Constituciones contemporáneas, lo que convierte a dichos juzgadores en los *integradores* de un amplio campo normativo cuyo contorno es señalado por las normas de la ley suprema.<sup>16</sup> Es precisamente la necesidad de desarrollar la interpretación constitucional la que ha promovido, entre otros factores, el establecimiento de *organismos jurisdiccionales especializados* en la solución de dichos conflictos, es decir de cortes, tribunales o salas constitucionales, que se han extendido considerablemente en las últimas décadas en la mayoría de las cartas fundamentales, y se han convertido en un presupuesto esencial de los regímenes democráticos.<sup>17</sup>

12. En esta dirección consideramos muy agudas las observaciones del destacado constitucionalista español Pedro de Vega, en cuanto ha sostenido que los tribunales constitucionales (y en general los organismos jurisdiccionales de resolución de conflictos constitucionales) se han configurado como *guardianes de la Constitución*, lo que no significa una simple frase, ya que en la realidad frenan los ataques al orden constitucional que proceden de los frentes más dispares, por lo que la justicia constitucional ha llegado a límites, que no hace todavía mucho tiempo, hubieran resultado insospechados. Pero el simple aumento de competencias formales no es el aspecto característico de la actual justicia constitucional, ya que lo verdaderamente nuevo y original viene dado por el hecho de que el juez constitucional (y el caso alemán representa un paradigma de excepción), no sólo es vigilante del cumplimiento de la ley, sino, que se ha convertido en el encargado de hacer cumplir a los órganos

*cional*, 4a. ed., México, Porrúa-Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2003, t. IV, pp. 3283-3612.

<sup>16</sup> Cfr. "Il controllo di costituzionalità delle legge nel quadro delle funzione dello Stato", *Studi in onore di Guido Zanobini*, Milán, Giuffrè, 1962, vol. III, pp. 112 y ss.

<sup>17</sup> Cfr. Fix-Zamudio, Héctor, "Justicia constitucional y régimen democrático en Iberoamérica" *Revista Mexicana de Justicia*, núms. 10 y 11, México, enero-febrero, marzo-abril de 1981, pp. 7-24 y 27-55, respectivamente. Este trabajo apareció posteriormente en *Anuario Jurídico IX-1982*, México, UNAM, 1982, pp. 379-417.

del Estado y a los ciudadanos, el orden fundamental de valores ínsitos en la Constitución.<sup>18</sup>

### III. LA JUDICIALIZACIÓN DE LA POLÍTICA Y SUS TRANSFORMACIONES

13. Durante un largo periodo prevaleció el principio de que numerosos actos o disposiciones expedidas o dictadas por los órganos del gobierno y la administración no podían ser revisadas por los tribunales por constituir actos y normas de gobierno o de carácter político que únicamente podrían ser apreciados por órganos de este carácter, y además en virtud de que un sector de los mismos tenía naturaleza discrecional.<sup>19</sup>

14. Por lo que respecta a los *actos de gobierno* en materia administrativa, debe tomarse en consideración que debido a la reforma judicial francesa por conducto de las leyes expedidas por la Asamblea Nacional los días 6-7 y 11 de octubre de 1790, se dispuso que los jueces ordinarios no debían conocer de los actos y decisiones de las autoridades administrativas, en virtud del principio que imperó en esa época en el sentido de que “juzgar a la administración es también administrar”. Como es bien sabido, esto es diverso en el derecho inglés, según el cual los actos y decisiones de las autoridades administrativas se sometían al conocimiento de los jueces ordinarios.<sup>20</sup> En cambio, en Francia se estableció una jurisdicción administrativa encomendada al Consejo de Estado dentro de la esfera formal del Ejecutivo, primero como órgano de jurisdicción retenida, es decir, que sus decisiones estaban sometidas a la aprobación de las autoridades administrativas de la mayor jerarquía, pero a partir de la ley del 24 de mayo de 1872, adquirió el carácter de jurisdicción delegada, o sea, que resolvía de manera autónoma, pero a nombre de la administración. Lo cierto es que en la realidad, el Consejo de Estado no obstante su

<sup>18</sup> Cfr. “Jurisdicción constitucional y crisis de la Constitución”, *Estudios político-constitucionales*, México, UNAM-Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, 2004, pp. 299-309.

<sup>19</sup> Cfr. Fix-Zamudio, Héctor, “La justicia constitucional y la judicialización de la política”, *Constitución y constitucionalismo hoy. Cincuentenario del derecho constitucional Comparado de Manuel García Pelayo*, Caracas, Fundación Manuel García Pelayo, 2000, pp. 562-565.

<sup>20</sup> Cfr. Dicey, A. V., *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, 10a. ed., 9a. reimp., Londres, The MacMillan Press, 1979, pp. 328-405.

encuadramiento formal adquirió de manera paulatina una gran independencia, aun cuando en un principio no podía conocer de los citados *actos de gobierno*, ni tampoco de aquellos considerados de carácter discrecional.<sup>21</sup>

15. En cuanto a las normas y actos propiamente políticos, se introdujo en los Estados Unidos una sustancial diferenciación (que posteriormente trascendió a los ordenamientos latinoamericanos), en relación con los países de Europa Occidental, cuyas legislaciones, no obstante provenir de un origen común, el racionalismo iusnaturalista desarrollado por los enciclopedistas, tuvieron en la práctica un desarrollo muy diverso. En efecto, la Constitución Federal de los Estados Unidos de 1787 otorgó a dicha carta fundamental el *carácter de norma jurídica*, de acuerdo con el principio de la supremacía constitucional regulado en su artículo VI.<sup>22</sup>

16. Por el contrario, las Constituciones liberales europeas expedidas a fines del siglo XVIII y principios del XIX, debido al peso del pensamiento del filósofo ginebrino Juan Jacobo Rousseau sobre la ley como expresión de la *voluntad general*,<sup>23</sup> se otorgó al citado principio de *supremacía constitucional* un carácter eminentemente político, que sólo podía ser aplicado por los órganos políticos del Estado, y se estableció la prohibición terminante a los jueces y tribunales para conocer de las cuestiones de inconstitucionalidad de los actos y de las disposiciones legislativas.

17. Esta dicotomía fue precisada con gran profundidad por el distinguido jurista español Eduardo García de Enterría en un estudio clásico en el cual señaló que la técnica de atribuir a la Constitución valor normativo superior, inmune a las leyes ordinarias y más bien determinante de la validez de éstas, pero además, valor superior judicialmente tutelado, es en opinión de este autor, la más importante creación, con el sistema federal, del constitucionalismo norteamericano y su gran innovación frente a la

<sup>21</sup> Cfr. Letourner, Maxime, “El Consejo de Estado francés”, *Revista de la Comisión Internacional de Juristas*, Ginebra, diciembre de 1967, pp. 96-100.

<sup>22</sup> Dicho precepto, que fue incorporado casi literalmente en los artículos 126 y 133, de las cartas federales mexicanas de 1857 y 1917, respectivamente, dispone en su parte relativa; “Esta Constitución, las leyes de los Estados Unidos que emanen de ella y los tratados internacionales que estén de acuerdo con la misma, son la Ley Suprema de la Unión. Los jueces de los Estados están obligados a sujetarse a dicha Ley Suprema no obstante disposiciones en contrario de las Constituciones y leyes de los propios Estados”.

<sup>23</sup> Cfr. *El contrato social*, trad. de E. de la Rosa, Buenos Aires, 1961, libro II, capítulo VI, pp. 177 y 178.

tradición inglesa de la que surgió. Esta doctrina de la supremacía normativa de la Constitución fundamentó la instrumentación en su favor de la *judicial review*, que reconoció el poder de los tribunales de declarar nulas, a efectos de su inaplicación en cada caso concreto, las leyes que contradijeran a la Constitución, principio básico desarrollado por la jurisprudencia, en particular de la Corte Suprema Federal a partir del famoso asunto *Marbury versus Madison*, resuelto en 1803.<sup>24</sup>

18. El mismo jurista español destaca en su excelente y clásico estudio que de manera sorprendente los ordenamientos europeos continentales quedaron totalmente al margen de la formidable construcción del constitucionalismo norteamericano, debido a diversos factores, entre ellos, el predominio del principio monárquico como fuente formal de la Constitución, y posteriormente la larga lucha de los parlamentos contra los regímenes monárquicos, que se tradujo en la superioridad absoluta de las leyes y su relativa inmunidad judicial. Con toda razón dicho autor estima que no fue sino hasta la expedición de la Constitución austriaca de 1920, reformada en 1929, debido a la influencia del pensamiento del ilustre Hans Kelsen (miembro de la comisión redactora del texto de dicha carta fundamental), cuando se produjo la recepción en Europa del principio jurídico de la supremacía constitucional.<sup>25</sup>

19. Ha existido una muy larga evolución para lograr la limitación de aquellas cuestiones que por haber sido calificadas como *políticas* fueron sustraídas del conocimiento de los tribunales. El mismo notable jurista español Eduardo García de Enterría, al que hemos hecho referencia en los párrafos anteriores, señaló la constante y paulatina lucha iniciada en el campo del derecho administrativo para reducir las numerosas materias que se consideraban inmunes al conocimiento de los tribunales, tales como los *poderes discrecionales*, los *actos políticos o de gobierno* y los *poderes normativos reglamentarios*. Concluye dicho autor su exposición en el sentido de que la lucha por el Derecho debe culminar con la instrumentación de un *Estado de Justicia*, entendido como justicia judicial plenaria.<sup>26</sup>

<sup>24</sup> Cfr. *La Constitución como norma jurídica y El Tribunal Constitucional*, Madrid, Civitas, 1981, pp. 49-55.

<sup>25</sup> *Ibidem*, pp. 55-59.

<sup>26</sup> Cfr. *La lucha contra las inmunidades del poder en el derecho administrativo. Poderes discrecionales, poderes de gobierno y poderes normativos*, 3a. ed., Madrid, Civitas, 1989, especialmente, pp. 97-99.

20. En las últimas décadas del siglo XIX se puede destacar la meritoria labor de interpretación extensiva del Consejo de Estado francés por lo que respecta a la apreciación judicial de los actos de gobierno y de carácter discrecional. Además, de manera un tanto incierta en la primera posguerra, y muy dinámica en los años que siguieron a la terminación de la segunda guerra mundial, se advierte una transformación en cuanto a la judicialización progresiva de las cuestiones políticas, cuya inmunidad se ha reducido de manera considerable en la actualidad, ya que el propio Consejo de Estado creó jurisprudencialmente el recurso de desviación de poder (*détournement de pouvoir*), que implica la revisión de los actos y resoluciones administrativas dictados en ejercicio de las facultades discrecionales, respecto de las cuales se puede examinar si la autoridad se ajustó a la finalidad del acto o a los motivos legales del mismo.<sup>27</sup>

21. La misma jurisprudencia del Consejo de Estado francés, de manera paulatina restringió el alcance de los llamados *actos de gobierno*, y estableció una serie de reglas para judicializar muchos de ellos, y lo mismo ocurrió con los ordenamientos reglamentarios, que pueden ser anulados, con efectos generales, cuando se encuentran en contradicción con las disposiciones legislativas que les sirven de fundamento.

22. Pero no obstante lo anterior, hasta hace pocos años se calificaban todavía *políticas* numerosas cuestiones que se consideraban *no judiciales*, lo que se advirtió también, no obstante la tradición angloamericana más proclive a la intervención de los tribunales respecto de cuestiones administrativas y constitucionales, al conferir a la carta federal el carácter de norma jurídica (*supra* párrafos 11 y 12). En efecto, la Corte Suprema Federal de los Estados Unidos estableció una autolimitación para el conocimiento de las materias calificadas como *political questions*, las cuales no podían someterse al conocimiento de los tribunales ni podía pronunciarse sobre ellas el más alto tribunal.<sup>28</sup>

<sup>27</sup> Aun cuando la bibliografía en esta materia es abundante, nos limitamos a citar en vía de ejemplo, la obra de Debasch, Charles, *Contentieux administratif*, 2a. ed., París, Dalloz, 1978, pp. 724-730.

<sup>28</sup> Cfr. Schwartz, Bernard, *Los poderes del gobierno. Comentarios sobre la Constitución de los Estados Unidos*, trad. de J. J. de Olloqui Labastida, México, UNAM, 1966, t. I, pp. 576-579; Evan Huges, Charles, *La Suprema Corte de los Estados Unidos*, trad. de Roberto Molina Pasquel, V. Herrero, 2a. ed., México, Fondo de Cultura Económica, 1971, pp. 56-58; Alonso García, Enrique, "El Tribunal Burger y la doctrina de las *political questions* en Esta-

23. Pero inclusive en la jurisprudencia constitucional estadounidense se realizó una transformación en los años sesenta con el famoso caso *Baker versus Carr*, resuelto por la Corte Suprema Federal en 1962, en el cual, bajo la ponencia del juez William Joseph Brennan Jr (en funciones entre de 1956 a 1990), que encabezó la mayoría contra dos, consideró que dicho máximo tribunal podía conocer y resolver sobre la desproporción de los distritos electorales establecidos por la legislatura del Estado de Tennessee, de acuerdo con la disposición constitucional de la protección equitativa.

24. Este fallo fue seguido por el de *Powell versus McCormack* resuelto en 1969, respecto de la decisión de la Cámara de Representantes del Congreso Federal de excluir, por conducta impropia, la toma de posesión del que había sido electo como uno de sus miembros, materia que fue considerada justiciable por la Corte Suprema Federal aun cuando no se tratara de las reglas de exclusión establecidas por la Constitución Federal. A partir de entonces no puede considerarse desaparecida la regla de autolimitación de dicha Corte Suprema respecto de las cuestiones políticas, pero ha quedado bastante restringida.<sup>29</sup>

25. Por lo que respecta al derecho continental europeo, como lo hemos sostenido anteriormente (*supra* párrafo 9), se prohibió a los jueces decidir sobre cuestiones de constitucionalidad, y no fue sino hasta la entrada en vigencia de la Constitución austriaca de 1920, cuando se inició la judicialización de dichas cuestiones por conducto de un tribunal especializado (*supra* párrafo 12), y con ello se inició una tendencia cada vez más vigorosa para la creación de organismos jurisdiccionales especializados en materia constitucional que ha rebasado ampliamente al derecho europeo continental.

26. Aun cuando ya existía una larga práctica de la *judicial review* en los ordenamientos angloamericanos, con exclusión de Inglaterra, pero con una gran influencia del derecho constitucional de los Estados Unidos

dos Unidos”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 1, Madrid, enero-abril de 1981, pp. 287-289.

<sup>29</sup> Sobre la evolución progresiva de la judicialización de las *political questions*, puede consultarse el penetrante análisis de este concepto redactado por Grossman, Joel B., en Kermitt L. May (ed.), *The Oxford Companion to the Supreme Court of the United States*, Nueva York, Oxford University Press, 1992, pp. 651-653. Además pueden consultarse los comentarios de Loewenstein, Karl, “La función política del Tribunal Supremo de los Estados Unidos”, *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, núm. 133, enero-febrero de 1964, pp. 5-38.

la mayoría de los países latinoamericanos,<sup>30</sup> no se había planteado una reflexión sistemática sobre *las relaciones entre justicia y política*, hasta los años treinta del siglo XX, con la controversia académica entre dos grandes juristas de la época, es decir, por una parte Carl Schmitt y por la otra Hans Kelsen. En efecto, la famosa polémica comenzó con la aparición del clásico libro del primero, *Der Hüter der Verfassung* (literalmente en castellano, El protector de la Constitución), cuya primera edición se publicó en Alemania en 1931 y fue traducida al español ese mismo año por Manuel Sánchez Sarto.<sup>31</sup>

27. Las ideas de Schmitt fueron objeto de réplica por el ilustre fundador de la Escuela de Viena, por medio de un profundo estudio intitulado *Wer soll der Hüter der Verfassung sein? (¿Quién debe ser el protector de la Constitución?)*.<sup>32</sup> La controversia se refirió esencialmente a la tesis del profesor alemán sobre la necesidad de que el órgano tutelar de las normas constitucionales, por regular instituciones políticas, debería radicar en un órgano del poder también político, que en su concepto debía ser el presidente del Reich, con apoyo en las facultades extraordinarias que le fueron conferidas por el artículo 48 de la carta fundamental alemana de 1919. El propio Schmitt consideró que no debía conferirse la función de tutelar las disposiciones fundamentales a los jueces ordinarios, como ocurría en los Estados Unidos por medio del llamado control difuso, o bien a un tribunal especial (como la Corte Constitucional establecida por la carta federal austriaca de 1920), por que ello no significaría la judicialización de la política, sino por el contrario, la *politización de la justicia*, que dicho autor consideraba inconveniente.

<sup>30</sup> Cfr. el estudio clásico del jurista norteamericano Eder Phanor, puede consultarse en el penetrante análisis de este concepto redactado por Grossman, Joel B., "Judicial Review in Latin America", *Ohio Law Review*, 1950, pp. 505 y ss.

<sup>31</sup> El traductor le puso el nombre de *La defensa de la Constitución*, Barcelona, Editorial Labor, 1931, la que fue reimpresa en 1983 por la Editorial Civitas, con un excelente prólogo del notable constitucionalista español Pedro de Vega.

<sup>32</sup> Publicado originalmente en la revista *Der Justiz*, 1930-1931, cuadernos 11 y 12, pp. 576-628, el que fue traducido al italiano por Carmelo Gercaci, con el título "Chi dev'essere il custode della Costituzione?", fue publicado en el volumen recopilativo de varios estudios del propio Kelsen, *La giustizia costituzionale*, Milán, Giuffrè, 1981, pp. 231-291. El mismo artículo fue traducido al castellano por Brie, Roberto J., *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, con un estudio preliminar de Guillermo Gasió y supervisión técnica de Eugenio Bulygin, Madrid, Tecnos, 1995.

28. A su vez, Kelsen postulaba que la tesis de Schmitt era ideológica, y que por el contrario, de acuerdo con el ejemplo de la citada Corte Constitucional austriaca promovida por el jurista vienés,<sup>33</sup> debía corresponder el conocimiento de los conflictos constitucionales, a un tribunal especializado que tendría que ser considerado como cualitativamente diverso del cualquier otro órgano jurisdiccional. Una diferencia, sin embargo, radicaba en que la sentencia que declaraba la inconstitucionalidad de las disposiciones legislativas poseía efectos *erga omnes* por lo que desde su punto de vista, dicho tribunal especializado funcionaba en este aspecto como *legislador negativo*.

29. Schmitt representó la tesis tradicional europea de las normas constitucionales como disposiciones de contenido político y por lo tanto, no judiciales, ya que someter dichos preceptos fundamentales al conocimiento de los tribunales ordinarios o especializados significaba *politicizar* la justicia, lo que desvirtuaba la función jurisdiccional. Por el contrario, Kelsen inició una transformación del derecho público europeo, similar al que se introdujo en la carta norteamericana de 1787, de otorgar a las disposiciones de la ley fundamental una dimensión jurídica (*supra* párrafo 16),<sup>34</sup> al aplicar al derecho constitucional su teoría general sobre la garantía de las normas jurídicas, con lo cual hizo surgir el concepto contemporáneo de las *garantías constitucionales*.<sup>35</sup>

30. Kelsen veía hacia el futuro, en tanto que Schmitt no comprendió el retroceso que significaban sus ideas, pues en tanto que la aplicación del procedimiento político de las facultades de emergencia del presidente de la República de Weimar desembocó en la dictadura totalitaria de Hitler, el pensamiento del jurista austriaco ha tenido una gran repercusión en nuestra época, en la cual se advierte un desarrollo muy dinámico de los

<sup>33</sup> Cfr. Eisenmann, Charles, *La justice constitutionnel et la Haute Cour Constitutionnelle d'Autriche*, con prefacio de Hans Kelsen, París, Económica, 1986 (reimpresión de la edición original de 1928), con un prólogo de Georges Vedel y un apéndice de Lous Favoreu, pp. 417-515.

<sup>34</sup> Cfr. Gassió, Guillermo, "Estudio preliminar" a la traducción castellana de la obra de Kelsen, *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, cit. nota 32, pp. IX-XLIII; Herrera, Carlos Miguel, "La polémica Schmitt-Kelsen sobre el guardián de la Constitución", *Revista de Estudios Políticos*, núm. 86, Madrid, octubre-diciembre de 1994, pp.195-227.

<sup>35</sup> Cfr. Fix-Zamudio, Héctor, *Introducción al estudio de la defensa de la Constitución en el ordenamiento mexicano*, 2a. ed., México, UNAM, 1998, pp. 55-66.

tribunales, cortes y salas constitucionales, como las instituciones más significativas de los regímenes democráticos contemporáneos.

#### IV. SURGIMIENTO DE LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL

31. Con la creación de la Corte Constitucional en la carta federal austriaca (por cierto, antecedida en unos meses por la introducción de un organismo similar en la Corte Constitucional de Checoslovaquia del 29 de febrero de 1920, ya que la carta federal de Austria se promulgó el 1o. de octubre siguiente), se inició un amplio desarrollo sobre el concepto jurídico de las normas constitucionales, las que por regular instituciones políticas se consideraban tradicionalmente en Europa Occidental como no judiciales. A partir de entonces y de manera creciente, al otorgar a las propias normas fundamentales un carácter jurídico, se judicializaron varias de estas instituciones consideradas anteriormente como estrictamente políticas, tales como las controversias entre los órganos centrales y periféricos sobre su competencia legislativa; los llamados conflictos de atribución entre los órganos del poder; la protección de los derechos humanos consagrados constitucionalmente, el enjuiciamiento de algunos funcionarios de alta jerarquía e inclusive algunos conflictos de carácter electoral.

32. El modelo austriaco tuvo repercusión en la Constitución republicana española de diciembre de 1931, en la cual se estableció el *Tribunal de Garantías Constitucionales*, que se inspiró en el paradigma kelseniano,<sup>36</sup> pero posteriormente en la segunda posguerra se generalizó el establecimiento de cortes y tribunales constitucionales especializados en la resolución de los conflictos derivados de la aplicación de las normas fundamentales, pues además de la Corte Constitucional austriaca (suprimida en 1934 pero restablecida en 1945), se introdujeron estos organismos jurisdiccionales en las Cartas Supremas de Italia (1948); República Federal de Alemania; Turquía (1961-1982); en la antigua

<sup>36</sup> 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", *Ensayos de derecho procesal civil, penal y constitucional*, Buenos Aires, 1944, Revista de Jurisprudencia Argentina, pp. 471-505; Cruz Villalón, Pedro, *La formación del sistema europeo de control de la constitucionalidad (1918-1939)*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1987, pp. 232-419.

Yugoslavia (1963-1974); Portugal (1966-1982); España (1978); Bélgica (1980, con el nombre de Tribunal de Arbitraje), y en esa misma dirección se puede mencionar el Consejo Constitucional francés, que inició sus actividades como un órgano político, pero que en la actualidad la doctrina considera que realiza funciones predominantes de jurisdicción constitucional.<sup>37</sup>

33. En años recientes este modelo kelseniano o europeo continental ha tenido influencia considerable, en especial en los ordenamientos constitucionales de los países de Europa del Este que con anterioridad a las transformaciones de 1989, seguían los lineamientos soviéticos, que eran contrarios a este tipo de instrumentos jurisdiccionales. En la actualidad se han creado Tribunales o cortes constitucionales, por medio de reformas o expedición de nuevas cartas constitucionales en los siguientes países citados por orden alfabético: Albania (1992); Bosnia Herzegovina (1995); Bulgaria (1991); Croacia (1990); República Checa (1992); Eslovaquia (1992); Eslovenia (1991); Estonia (1992); Hungría (1989); Letonia (1996); Lituania (1992); Macedonia (1992); Moldavia (1994); Polonia (1982-1986, ahora en su nueva carta fundamental de 1997); Rumanía (1991), y Yugoslavia (1992).<sup>38</sup>

34. Inclusive en la República Federal de Rusia, formada al desaparecer la Unión Soviética, se introdujeron organismos jurisdiccionales de solución de conflictos constitucionales, primero en forma incierta y modesta durante el periodo de transformaciones iniciadas por Mikhail Gorbachev todavía durante el periodo de la Unión Soviética, ya que en

<sup>37</sup> Cfr. Favoreu, Louis y Loïc, Philip, *Le Conseil Constitutionnel*, 3a. ed., París, Presses Universitaires de France, 1978; *Les grandes décisions su Conseil Constitutionnel*, 7a. ed., París, Sirey, 1993; Luchaire, François, *Le Conseil Constitutionnel*, París, Económica, 1980.

<sup>38</sup> La bibliografía sobre la jurisdicción constitucional en estos ordenamientos se ha acrecentado en los últimos años, pero citaremos sólo algunos estudios significativos, Bartole, Sergio y otros, *trasformazione costituzionali nell'Este europeo*, *Quaderni Costituzionali*, Padova, Il Molino, diciembre de 1992, pp. 383-387; Häberle, Peter, "Constitutional Developments in Easter Europe from de Point of View of jurisprudence and Constitutional Theory", *Law and State*, vol. 46, Tübingen, pp. 66 y 67; Torres Pérez, Mercedes y Flores Juberías, Carlos, "Materiales para un estudio comprado de la justicia constitucional en la Europa central y oriental", *Cuadernos constitucionales de la cátedra Fadrique Furió Ceriol*, núms. 20-21, Departamento de Derecho Constitucional y Ciencia Política de la Universidad de Valencia, España, 1997, pp. 221-265; Mazza, Mauro, *La giustizia costituzionale in Europa Orientale*, Padova, Cedam, 1999; Schwartz, Herman, *The Struggle for Constitutional Justice in Post-Communist Europe*, Chicago-Londres, The University of Chicago Press, 2000; varios autores, *Constitutional Justice East and West*, The Hague-York, Kluwer Law International, 2002.

diciembre de 1988, se reformó la Constitución de 1977, para introducir el llamado *Comité de Supervisión Constitucional* como un organismo dependiente del Soviet Supremo, con facultades bastante limitadas pero su corta actividad fue importante para la creación posterior de una verdadera *Corte Constitucional*, la cual fue establecida todavía durante la vigencia de la citada carta de 1977 que fue reformada con tal propósito en 1991. Con el fracaso del intento de golpe de Estado de agosto de dicho año y la disolución de la Unión Soviética, en diciembre de 1991, que permitió la formación de la Comunidad de Estados Independientes (que se separaron de la propia Unión Soviética), y la creación de la Federación Rusa.

35. El mencionado tribunal se convirtió en una instancia esencial para la transición, ya que en sus dos primeros años, su jurisprudencia fue de gran trascendencia, si se toma en cuenta que el cuarenta por ciento de sus decisiones tuvieron relación con la nascente separación de poderes, 25% con cuestiones relativas al federalismo y un poco más de la tercera parte con la tutela de los derechos fundamentales, todo lo cual constituyó un gran progreso en una tradición de autoritarismo. Un segundo periodo se inició con la aprobación de la Constitución Federal de Rusia actualmente en vigor expedida en 1993, que significó la continuación de la lucha por su consolidación durante una etapa de inestabilidad política, que hasta hace poco tiempo se ha atenuado, pero que implicó avances importantes en materia de justicia constitucional.<sup>39</sup>

36. Ha existido, pues, una verdadera explosión de tribunales y cortes constitucionales en Europa continental tanto en el Oeste como en el Este, lo que equivale a que en todos los países que hemos mencionado y también en otros ordenamientos, como por ejemplo en las Constituciones sudafricanas, provisional de 1994 y definitiva de 1997, establecieron la

<sup>39</sup> Cfr. Belaviev, Serge, "The Evolution of Constitutional Debates in Russia in 1990-1993. A Comparative Review", *Review of Central and East European Law*, núm. 3, 1993, pp. 305-319; Gélard, Patrice, "La actualité constitutionnell en Russie (novembre 1993-janvier 1994)", *Review Française de Droit Constitutionnel*, núm. 17, 1994, pp. 185 y 186; Becerra, Manuel, *La Constitución rusa de 1993*, México, UNAM, 1994, pp. 11-13; Maza, Mauro, *La giustizia costituzionale in Europa Orientale*; Schwartz, Herman, *The Struggle for Constitutional Justice in Post-Communist Europe*, y Von Beyme, Klaus, "The Russian Constitutional Court in an Unease Triangle between the President, Parliament and Regions", *Constitutional Justice, East and West*, los tres últimos libros citados en la nota anterior, pp. 175-250, 109-165 y 309-325, respectivamente.

judicialización de las cuestiones políticas establecidas en sus respectivas cartas fundamentales, que anteriormente no se admitía ni en la tradición europea anterior ni menos aún en los países que habían adoptado el modelo soviético, por razones diversas.

#### V. LOS DOS GRANDES SISTEMAS DE JUSTICIA CONSTITUCIONAL Y SU CRECIENTE APROXIMACIÓN

37. A partir de la creación de la Corte Constitucional de la carta fundamental austriaca de 1920, se establecieron dos sistemas fundamentales de justicia constitucional.<sup>40</sup> El tradicional, establecido en la Constitución Federal de los Estados Unidos de 1787, de la revisión judicial de la constitucionalidad de las normas generales, de acuerdo con el cual todos los jueces tenían no sólo la facultad sino también la obligación de desaplicar en cada caso concreto las disposiciones legislativas que fueran contrarias a los preceptos de la ley fundamental, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos III y VI de la misma Constitución Federal (*supra* párrafo 16). Este modelo ha recibido el nombre de *sistema americano*, no sólo en virtud de que tuvo su origen en el derecho público estadounidense, sino porque tuvo predominio en la casi totalidad de los regímenes latinoamericanos, con algunas modalidades, como en el ordenamiento constitucional canadiense, por lo que durante un largo tiempo fue el que imperó en nuestro continente desde Argentina hasta Canadá.

38. El otro modelo en apariencia contrastante, es el calificado como *sistema kelseniano, austriaco o continental europeo*, en virtud de que con algunas excepciones, se impuso en los ordenamientos europeos, especialmente con posterioridad a la terminación de la Segunda Guerra Mundial, como lo hemos señalado anteriormente, por conducto de organismos jurisdiccionales especializados calificados como tribunales o cortes constitucionales. Las diferencias entre los modelos americano y europeo fueron señalados con gran agudeza por el ilustre procesalista italiano Piero Calamandrei, por cierto el principal promotor de la introducción de la Corte Constitucional en la carta italiana de 1948. Dicho autor conside-

<sup>40</sup> Cfr. Cappelletti, Mauro, *Judicial Review in Contemporary World*, Indianapolis-Kansas City-Nueva York, Bobbs-Merryl, 1971; Brewer Carías, Allan R., *Judicial Review in Comparative Law*, Cambridge, Inglaterra, Cambridge University Press, 1989.

ró que los liniamientos del binomio aparecían, al menos en esa época, agrupados según cierta necesidad lógica, de modo que el control judicial, es decir el americano era necesariamente *difuso, incidental, especial y declarativo*, y la inversa, el régimen que este notable jurista califica como autónomo, o sea, el austriaco o europeo continental, debía considerarse como *concentrado, principal, general y constitutivo*.<sup>41</sup>

39. Lo cierto es que esta separación tan radical en apariencia, se ha atenuado de manera paulatina, y uno de los aspectos evidentes, es el relativo a la creciente influencia del sistema europeo en los ordenamientos latinoamericanos, con la introducción de organismos jurisdiccionales especializados de acuerdo con el paradigma austriaco, sin que por ello se prescindiera la revisión judicial de origen norteamericano, sino que se ha realizado una combinación de ambos sistemas, ya que por un lado se ha conservado el principio de que todos o algunos de los tribunales ordinarios puedan desaplicar las disposiciones legislativas en los procesos concretos de que conocen, y por la otra se han introducido organismos jurisdiccionales especializados y concentrados, de acuerdo con el modelo europeo, para decidir en último grado sobre la aplicación de las normas constitucionales, incluyendo la *declaración general de inconstitucionalidad de las normas generales* (que por cierto se estableció en algunos ordenamientos constitucionales latinoamericanos con anterioridad a su establecimiento en la Constitución austriaca de 1920, como ocurrió con la *acción popular de inconstitucionalidad* introducida en las Constituciones de Colombia y Venezuela en la primera década del siglo XIX).<sup>42</sup>

40. Por influencia del modelo europeo continental<sup>43</sup> y de manera paulatina se han introducido dichos organismos especializados en los orde-

<sup>41</sup> Cfr. “La ilegitimità costituzionale dell leggi nel processo civile”, *Opere Giuridiche*, Napoles, Morano, 1968, t. III, p. 350.

<sup>42</sup> Cfr. Fix-Zamudio, Héctor, “La declaración general de inconstitucionalidad, la interpretación conforme y el juicio de amparo mexicano”, *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, México, núm. 8, 2001, pp. 89-155.

<sup>43</sup> Cfr. Lösig, Norbert, *La jurisdiccionalidad constitucional en Latinoamérica*, trad. de Marcela Anzona Gil, Madrid, Konrad Adenauer Stiftung-Dykinson, 2000, cuyo capítulo I, se intitula “La influencia europea en la justicia constitucional latinoamericana”, pp. 35-45. Sobre los tribunales, cortes y salas constitucionales en Latinoamérica, pueden citarse, 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;

namientos fundamentales latinoamericanos, y al respecto podemos mencionar a: la *Corte de Constitucionalidad* de Guatemala (1965 y 1985); el *Tribunal Constitucional* chileno (1970-1973-1980-1989); los *tribunales de Garantías Constitucionales* de Ecuador (1948) y de Perú (1979), ambos transformados en *tribunales constitucionales*, en las reformas fundamentales de Ecuador (1996-1998) y en la vigente Constitución peruana de 1993; la *Corte Constitucional* de Colombia (1991), y el *Tribunal Constitucional* de Bolivia (reformas de 1994). También se han establecido *salas constitucionales* en el seno de las cortes supremas de El Salvador (1983-1991); Costa Rica (1989); Paraguay (1992); Nicaragua (reformas de 1995); en el Tribunal Supremo de Venezuela (1999) y Honduras (2000).<sup>44</sup> En tal virtud, debido a la combinación de los modelos americano y continental europeo, se ha considerado, con toda razón, que en Latinoamérica se está imponiendo un *sistema de carácter mixto*.<sup>45</sup>

41. También debe hacerse mención a la Corte Suprema de México y al Tribunal Supremo Federal de Brasil. Respecto de la primera, en las reformas de 1988 y 1995 a la carta federal de 1917, se ha transformado en un tribunal constitucional desde el punto de vista material, en virtud de que le confirió la facultad exclusiva de decidir sobre las cuestiones de inconstitucionalidad, ya que con anterioridad, también funcionaba y de manera predominante como organismo jurisdiccional de legalidad de último grado, es decir, como tribunal de casación.<sup>46</sup>

42. En las modificaciones constitucionales y legales de 1995, se acentuó el carácter especializado de la Suprema Corte de Justicia de México, en cuanto se redujo el número de sus magistrados, de veintiséis anterior-

Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *Los tribunales constitucionales en Iberoamérica*, México, Fundap, 2002.

<sup>44</sup> Cfr. La bibliografía sobre la justicia constitucional en Latinoamérica es muy amplia, pero citaremos la obra reciente, Lösing, Norbert, *La jurisdiccionalidad constitucional en Latinoamérica*, cit., nota 43.

<sup>45</sup> Cfr. García Belaunde, Domingo, “La jurisdicción constitucional y el modelo dual o paralelo”, *Revista del Instituto de Ciencias Políticas y Derecho Constitucional, La Justicia Constitucional a finales del siglo XX*, año VII, núm. 6, Huancayo, Perú, Palestra Editores, 1998, pp. 140-153.

<sup>46</sup> Cfr. Fix-Zamudio, Héctor, “La Suprema Corte como tribunal constitucional”, *Las nuevas bases constitucionales y legales del sistema judicial mexicano. La reforma judicial de 1986, y Reformas constitucionales de la renovación nacional*, México, Porrúa, 1987, pp. 345-390, y 223-272, respectivamente.

res (veintiún numerarios y cinco supernumerarios, los primeros integraban el Pleno y cuatro salas según la materia, y los segundos una sala auxiliar), a once actuales (en Pleno y en dos salas) de acuerdo con una integración más próxima a los tribunales y cortes europeos, y además se ampliaron las controversias constitucionales entre la Federación y las entidades federativas, incorporando los conflictos de atribución entre los órganos de poder en las distintas esferas y además se creó una acción de inconstitucionalidad de carácter abstracto, que pueden interponer el 33% de los miembros de las distintas cámaras legislativas contra las leyes aprobadas por la mayoría (artículo 105, fracciones I y II, y la Ley Reglamentaria publicada en mayo de 1995).<sup>47</sup>

43. Por lo que respecta al Tribunal Supremo Federal del Brasil, la Constitución Federal del 5 de octubre de 1988, en forma similar a las reformas mexicanas de 1988 y 1995, dispuso en su artículo 101, que dicho Tribunal se integra con once magistrados (mismo número que en nuestro país) y en el artículo 102, confirió de manera predominante facultades de resolver cuestiones de constitucionalidad, ya que al inicio de este último precepto se estableció que “Al Tribunal Supremo Federal compete principalmente la guardia de la Constitución (...)”.<sup>48</sup>

## VI. EL PROBLEMA DE LA LEGITIMACIÓN DEMOCRÁTICA DE LOS ORGANISMOS JURISDICCIONALES DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS CONSTITUCIONALES

44. Periódicamente se ha planteado la cuestión de si la decisión de los conflictos constitucionales por parte de los tribunales puede considerarse como una función de legitimación democrática, o si bien dicha actividad

<sup>47</sup> *Cfr.* La bibliografía sobre estas reformas de 1995 es muy amplia, pero como nuestro propósito no consiste en el análisis de esas importantes modificaciones, citamos únicamente en vía de ejemplo el estudio monográfico de Castro, Juventino V., *El artículo 105 constitucional*, 3a. ed., Porrúa, 2000; así como la parte relativa de Fix-Zamudio, Héctor, *Introducción a la defensa de la Constitución*, 2a. ed., México, UNAM, 1998, pp. 73-111, y los estudios citados en ambas obras, que se ha acrecentado en los últimos años.

<sup>48</sup> *Cfr.* Silva, José Afonso da, *Direito constitucional positivo*, 32a. ed., São Paulo, Malheiros, 2003; “O controle de constitucionalidade das leis no Brasil”, Fernández Segado, Francisco y García Belaúnde, Domingo (eds.), *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*, Madrid, Dykinson, 1997, pp. 389-407; Bonavides, Paulo, *Curso de direito constitucional*, São Paulo, Malheiros Editores, 2000, pp. 267-310.

realizada por juzgadores que no han sido electos directamente por el voto popular, pueden declarar la nulidad ya sea en casos concretos o menos aún, con efectos generales, de las disposiciones normativas aprobadas por las cámaras legislativas que son ungidas por el sufragio.

45. Éste había sido uno de los motivos por los cuales no se reconoció la revisión judicial en los ordenamientos europeos, ya que se consideraba que los jueces no podían decidir sobre la constitucionalidad de las disposiciones legislativas, que eran resultado de la voluntad general, de acuerdo con los postulados de Juan Jacobo Rousseau (*supra* párrafo 9). Pero aún en los Estados Unidos en cuya carta fundamental de 1787, en la cual se originó la facultad y la obligación de los jueces de desaplicar las normas contrarias a dicha Constitución Federal (artículos III y VI) (*supra* párrafo 24), se ha discutido sobre el alcance de la misma revisión judicial, que en opinión de algunos autores, no puede crear nuevas normas por conducto de la jurisprudencia, sino atenerse estrictamente a la aplicación de la propia carta federal, pues de lo contrario se desvirtúa la división de poderes y por tanto el régimen democrático.

46. En efecto, desde la segunda década del siglo XX se cuestionó la jurisprudencia de la Corte Suprema Federal de los Estados Unidos, que en una época declaró inconstitucionales varios ordenamientos expedidos por el Congreso Federal con los que se inició una legislación social, que culminó posteriormente en el llamado *New Deal* del presidente Franklin D. Roosevelt, lo que produjo una controversia, en ocasiones enconada, entre la propia Corte y los otros dos órganos del poder, especialmente con el Ejecutivo, pero que pudo superarse posteriormente por un cambio de criterio del más alto tribunal. Aquí podemos recordar las agudas reflexiones expresadas por el jurista francés Eduard Lambert en su clásico estudio *Le Gouvernement des juges et la lutte contre la législation social aux Etats Unis*,<sup>49</sup> sobre las virtudes y los peligros de la revisión judicial, especialmente en cuanto a los poderes políticos que puede desarrollar.

47. Un situación similar a la anterior se produjo en nuestro país en los primeros años posteriores a la Revolución social iniciada en 1910, ya que con posterioridad a la promulgación de la Constitución vigente de 5 de febrero de 1917, la Suprema Corte de Justicia, que inició sus funciones en junio de ese mismo año, adoptó una actitud incierta y titubeante frente

<sup>49</sup> Obra que lleva como subtítulo *L'Expérience Américaine du controle judiciaire de la constitutionnalité des lois*, París, Marcel Giard, 1921, especialmente pp. 220-236.

a la naciente legislación laboral y agraria, que se adoptó en esos años en los que comenzó, como se ha señalado, el llamado *constitucionalismo social* (*supra* párrafo 3), situación que se superó en poco tiempo con cambios en la jurisprudencia de la propia Corte, por lo que se produjo un conflicto similar al de los Estados Unidos en esa época,<sup>50</sup> pero debe considerarse como el inicio de un largo desarrollo hasta la judicialización de la política que también se ha consolidado en nuestro país en los últimos años.<sup>51</sup>

48. Una cuestión muy debatida en la revisión judicial norteamericana es el llamado *activismo judicial* que se advirtió de manera acentuada con motivo de la jurisprudencia progresiva establecida por la Corte Suprema Federal presidida por Earl Warren durante 1953 hasta su retiro en 1969,<sup>52</sup> en cuanto a la protección de los derechos fundamentales por medio de una interpretación progresiva en particular de la Enmienda XIV, sobre la aplicación del principio de igualdad, época en la cual se acentuó la controversia sobre la función de dicho alto tribunal en la interpretación de la Constitución Federal, respecto de la cual podría hacerse un análisis más minucioso, pero que puede representarse gráficamente entre la tesis restrictiva de la obra clásica del conocido jurista norteamericano Raoul Berger, *Government by Judiciary*,<sup>53</sup> y el criterio expresado por el juez de la propia Corte, Charles Evans Hughes, en el sentido de que “La Constitución es lo que los jueces dicen que es”, como la expresión de lo que se ha calificado desde la época de Eduard Lambert (*supra* párrafo 45), el *Gobierno de los Jueces*.<sup>54</sup>

<sup>50</sup> *Cfr.* Fix-Zamudio, Héctor, “La Suprema Corte de Justicia y el juicio de amparo”, publicado inicialmente en la obra *La Suprema Corte de Justicia y el pensamiento jurídico*, México, Suprema Corte de Justicia, 1985, pp. 117-178, incorporado al libro del mismo autor, *Ensayos sobre el derecho de amparo*, 3a. ed., México, Porrúa, 2003, pp. 467-580, especialmente 537-545.

<sup>51</sup> *Cfr.* González Avelar, Miguel, *La Suprema Corte y la política*, 2a. ed., México, UNAM, 1994. especialmente pp. 31-62.

<sup>52</sup> *Cfr.* Urofsky, Melvin I., “Warren, Charles”, en la obra editada por Kermit L. Hall, *The Oxford Companion to the Supreme Court of the United States*, Nueva York-Oxford, Oxford University Press, 1992, pp. 912-916.

<sup>53</sup> Que lleva el subtítulo *The Transformation of the Fourteenth Amendment*, 2a. ed., Indianapolis, Liberty Fund. 1997, en particular el capítulo 19, “The Legitimacy of Judicial Review”, pp. 369-401.

<sup>54</sup> Evans Hughes, Charles, *La Suprema Corte de los Estados Unidos*, *cit.*, nota 28, pp. 56-58. Puede consultarse también el conocido estudio del jurista norteamericano Ely,

49. Tenemos la convicción de que ninguna de estas posturas extremas es la correcta, pues la judicialización de la política que hemos señalado, no produce como resultado que el órgano predominante del gobierno democrático radique en la judicatura suprema, sea o no especializada en cuestiones constitucionales, sino que significa, a nuestro modo de ver, que el organismo judicial, que durante mucho tiempo se veía como, “el menos peligroso de los órganos del poder”, y por tanto de menos importancia respecto de los otros dos, asuma su función de participar en las decisiones políticas reguladas jurídicamente, como el intérprete final de las normas, principios y valores de la Constitución.

50. La discusión ha sido apasionada en cuanto a la actividad de control de la constitucionalidad realizado por la Corte Suprema Federal de los Estados Unidos, que teóricamente es un organismo jurisdiccional de última instancia de carácter general, aun cuando en la práctica se ha transformado en un tribunal especializado, por conducto del *certiorari* introducido en 1925 que le permite seleccionar de manera discrecional los conflictos jurídicos que pretende solucionar, por lo que en forma predominante y de manera más acentuada que en épocas anteriores, se ha concentrado en asuntos de carácter constitucional, y además si bien también en teoría sus decisiones implican la desaplicación para el caso concreto de las disposiciones normativas impugnadas, en la realidad, se han transformado en la anulación, con efectos generales, de las propias normas, en virtud del principio de *stare decisis*, de acuerdo con el cual, en su calidad de tribunal supremo, sus fallos son obligatorios para todos los tribunales federales, que son los que revisan las resoluciones de todos los tribunales locales cuando se plantean cuestiones de constitucionalidad.<sup>55</sup>

51. Con mayor razón, el debate se ha presentado respecto de la labor realizada por los organismos jurisdiccionales especializados en la solución de conflictos constitucionales, especialmente en cuanto a sus facultades para anular con efectos generales las disposiciones legislativas, cuya naturaleza fue objeto de incertidumbre, especialmente cuando en la primera etapa que siguió a la creación de la Corte Constitucional austriaca, ya que

John Hart, *Democracia y desconfianza*, trad. de Magdalena Olguín, Bogotá, Universidad de los Andes, Facultad de Derecho-Siglo del Hombre Editores, 1997.

<sup>55</sup> Sobre el impacto no sólo jurídico sino también político y social de las decisiones de la Corte Suprema de los Estados Unidos, *cf.* Baum, Lawrence, *The Supreme Court*, 4a. ed., Washington, D. C., CQ Press. Congressional Quarterly, 1992, pp. 209-254

el mismo promotor de esta institución, Hans Kelsen, así como el ilustre jurista florentino Piero Calamandrei, que influyó decisivamente para el establecimiento de la Corte Constitucional italiana en la carta fundamental de 1948 (*supra* párrafo 37), coincidieron que en este aspecto estos organismos debían considerarse como *legisladores negativos*.<sup>56</sup>

52. Lo anterior provocó, especialmente en los primeros años de establecimiento de los tribunales y cortes constitucionales europeos, una crítica sobre la decisiva influencia política de estas actividades de legislación negativa así como dudas sobre la naturaleza jurídica de estos organismos, pues inclusive destacados procesalistas italianos como Francesco Carnelutti,<sup>57</sup> y Mauro Cappelletti, el jurista que ha hecho aportaciones fundamentales a la justicia constitucional contemporánea,<sup>58</sup> estimaron que el procedimiento que se sigue en estos organismos jurisdiccionales no constituye un verdadero proceso sino que adquiere la naturaleza de *jurisdicción voluntaria*, en virtud de que sólo interviene una sola parte y no dos en dicha tramitación (y en esta dirección no podría considerarse como verdadera parte sino únicamente como participante), lo que resulta en cierto modo contradictorio, ya que en este aspecto sus funciones no serían estrictamente jurisdiccionales.

53. Sin embargo, en la actualidad un porcentaje elevado de los estudiosos de los tribunales y cortes constitucionales están de acuerdo en que las funciones que desarrollan *poseen naturaleza jurisdiccional*, pero existe una gran variedad de opiniones sobre la esencia misma de dichos organismos, ya que algunos afirman que es un legislador o paralegisador negativo, otros que es un organismo jurisdiccional, o bien, que es un nuevo órgano del poder diverso de los tres tradicionales, que inclusive tiene carácter soberano, por ser continuador del Constituyente. Y por lo que respecta al ejercicio total o parcial de la jurisdicción constitucional

<sup>56</sup> En realidad, el notable procesalista italiano afirmó que la Corte Constitucional poseía atribuciones *paralegislativas* o *superlegislativas*, en su estudio “La ilegitimidad constitucional de las leyes en el proceso civil”, *Estudios sobre el proceso civil*, trad. de Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, EJE, 1962, pp. 61 y ss.

<sup>57</sup> *Lecciones de derecho procesal penal*, trad. de Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, 1950, vol. I, pp. 155 y ss., y en “contra la cosa juzgada penal”, en el libro del mismo autor, *Cuestiones sobre el proceso penal*, trad. de Sentís Melendo, Buenos Aires, 1961, pp. 273-280

<sup>58</sup> *Cfr.* “Il controllo di costituzionalità delle legge nel quadro delle funzione dello Statu”, *Studi in onore di Guido Zanobini*, Milán, Giuffrè, 1962, vol. III, pp. 112 y ss.

por los tribunales o cortes supremas que encabezan el Poder Judicial, no pueden considerarse como tribunales ordinarios, si bien desde el punto de vista material coinciden en muchos aspectos con las cortes o tribunales especializados, por las funciones que realizan, como ocurre con nuestra Suprema Corte de Justicia.

54. Al respecto, el mismo Hans Kelsen no obstante haber sostenido la tesis del legislador negativo para las funciones de la Corte Constitucional austriaca, sostuvo que, por otra parte, en virtud de que la función de la jurisdicción constitucional está absolutamente determinada por la Constitución, dicha función se asemeja a la de cualquier otro tribunal en general, ya que constituye principalmente aplicación del derecho y solamente en una débil medida creación del derecho, por lo que dicha función era, por tanto, *verdaderamente constitucional*.<sup>59</sup>

55. Así como en los años treinta del siglo XX se discutió esta cuestión por Schmitt y Kelsen (*supra* párrafos 26-29), una controversia más reciente, si bien no de carácter formal, se ha producido entre dos muy destacados juristas contemporáneos, Lord Devlin y Mauro Cappelletti. El primero, conocido jurista y magistrado inglés, señaló que la legislación judicial (*judicial lawmaking*), es inaceptable, porque carece de carácter democrático, si se toma en cuenta que los jueces deben ser independientes y cuanto más lo son, son menos responsables ante los gobernados y sus representantes.<sup>60</sup>

56. Por el contrario, el notable procesalista italiano Mauro Cappelletti resumió de manera brillante los argumentos para sostener tanto la legitimidad de origen como de funciones de los tribunales constitucionales, y que sintetiza en su afirmación de que la democracia no puede reducirse a una simple idea de mayorías, ya que significa también participación, libertad y tolerancia, por lo que una justicia razonablemente independiente de los caprichos e intolerancias de las mayorías puede contribuir en gran medida a la democracia. En concepto de este autor, cabe decir lo mismo de una justicia suficientemente activa, dinámica y creadora para poder asegurar simultáneamente la preservación de un sistema de equilibrio de poderes frente a las ramas políticas, así como los adecuados controles

<sup>59</sup> Cfr. *La garantía jurisdiccional de la Constitución (La justicia constitucional)*, trad. de Rolando Tamayo y Salmorán, México, UNAM, 2001, pp. 56 y 57.

<sup>60</sup> "Judges and Law Makers", *Modern Law Review*, núm. 39, Londres, 1976, pp. 1-16.

frente a esos otros centros de poder no gubernamentales o casi-gubernamentales tan típicos en nuestras sociedades modernas.<sup>61</sup>

57. Desde nuestro punto de vista, tanto los organismos calificados formalmente como cortes o tribunales constitucionales, como las salas especializadas en las cortes supremas, estas últimas como una innovación de algunos ordenamientos latinoamericanos, y también los tribunales supremos cuya función esencial radica en la solución de conflictos constitucionales, son verdaderos organismos jurisdiccionales, la mayor parte de carácter autónomo. La confusión que se ha producido se debe a que no se ha hecho la diferenciación de las funciones encomendadas a dichos organismos y su esencia como órganos del Estado.<sup>62</sup>

58. Otro aspecto que se ha debatido en cuanto a los organismos jurisdiccionales, sean o no especializados, que tienen como función esencial la solución de conflictos constitucionales, es su naturaleza mixta de *una jurisdicción política*, lo cual es evidente, pero la misma no es de naturaleza partidaria, sino que asume un *carácter técnico*, ya que como lo ha sostenido la doctrina, lo político y lo jurisdiccional no son excluyentes entre sí, en virtud de que la gran trascendencia política de las cuestiones directamente constitucionales no impide que pueden sujetarse a criterios de derecho y a formas jurisdiccionales, además de que los mencionados tribunales y cortes constitucionales, actúan con independencia respecto de los otros organismos del poder del Estado.<sup>63</sup> En apoyo de lo anterior podemos citar como ejemplo lo dispuesto por el artículo 1o., inciso 1, de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional español: “El Tribunal Constitucional, como intérprete supremo de la Constitución, *es independiente de los demás órganos constitucionales y está sometido sólo a la Constitución y a la presente Ley Orgánica*” (las cursivas son del autor).

<sup>61</sup> “Necesidad y legitimidad de la justicia constitucional”, en Favoreu, Louis, (coord.), *Tribunales constitucionales europeos y derechos fundamentales*, trad. de Luis Aguiar de Luque y María Gracia Rubio de Casas, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1984, pp. 520-623. Puede consultarse también al destacado constitucionalista mexicano Carpizo, Jorge, “La necesidad y la legitimidad de la revisión judicial en América Latina. Desarrollo reciente”, *Estudios constitucionales*, cit. nota 12, pp. 545-559.

<sup>62</sup> Cfr. Fix-Zamudio, Héctor, “El juez ante la norma constitucional”, *Justicia constitucional, ombudsman y derechos humanos*, 2a. ed., México, Comisión Nacional de Derechos Humanos, 2001, pp. 37-47.

<sup>63</sup> Cfr. Pérez Tremps, Pablo, *Tribunal Constitucional y Poder Judicial*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1985, pp. 13-16.

59. Con todos estos elementos señalados en forma muy sintética, se puede intentar una descripción, ya que no una definición, de los citados organismos jurisdiccionales especializados en la resolución de los conflictos directamente constitucionales, los que, en nuestro concepto, son aquellos que con independencia de su encuadramiento dentro o fuera del Poder Judicial deciden en última instancia sobre la interpretación definitiva de los principios, valores o normas constitucionales y por ello adquieren aún cuando no se estatuya expresamente, el carácter de *órganos autónomos constitucionales con funciones de carácter jurídico político*.<sup>64</sup>

60. Debido a la progresiva convergencia entre los grandes sistemas de justicia constitucional, el americano y el europeo continental, que se entrecruzan cada vez con mayor intensidad, particularmente en América Latina, el distinguido constitucionalista peruano César Landa Arroyo ha realizado recientemente un agudo estudio entre las relaciones de los organismos jurisdiccionales cuya función esencial es la solución de conflictos constitucionales, con el régimen democrático contemporáneo, y llega a la conclusión, que compartimos, en el sentido de que la convergencia de dichos sistemas de justicia constitucional se basa en la dinámica homogeneización de los ordenamientos constitucionales, que expresan las *necesidades del moderno Estado democrático de controlar los excesos de los viejos poderes públicos y los nuevos poderes privados, mediante el examen constitucional de las normas legales y actos gubernamentales e incluso de los particulares, en aras de proteger los derechos de la oposición y de las minorías*.<sup>65</sup>

61. El mismo creador del sistema europeo continental de justicia constitucional, es decir, el notable jurista Hans Kelsen, sostuvo expresamente que el control de la constitucionalidad conferido a la Corte Constitucional consagrada en la Constitución austriaca de 1920, es *fundamental para el régimen democrático*, en cuanto le corresponde el mantenimiento de la vigencia de la Constitución dentro del proceso legislativo y tutela el

<sup>64</sup> Cfr. Fix-Zamudio, Héctor, “Breves reflexiones sobre la naturaleza, estructura y funciones de los organismos jurisdiccionales especializados en la resolución de procesos constitucionales”, en Vega Gómez, Juan y Corzo Sosa, Edgar (coord.), *Tribunales y justicia constitucional. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, México, UNAM, 2002, pp. 207-212.

<sup>65</sup> Cfr. *Tribunal Constitucional y Estado democrático*, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, 1999, especialmente su capítulo I, “Constitucionalismo democrático y jurisdicción constitucional”, pp. 35-58.

interés de las minorías parlamentarias. Además, el ilustre autor sostuvo que la suerte de la democracia moderna depende en gran proporción de la elaboración de un sistema institucional de control, ya que una democracia sin control sería insostenible.<sup>66</sup>

62. Por tanto, después de las breves reflexiones que hemos hecho anteriormente, podemos llegar a la conclusión, de que, en principio (ya que es necesario tomar en cuenta otros factores de carácter institucional, social y cultural), la jurisdicción constitucional que desarrollan los organismos judiciales, sean o no especializados en la solución de los conflictos constitucionales, son un *presupuesto esencial de la democracia contemporánea*, y por ello se han extendido de manera considerable en la mayoría de los ordenamientos fundamentales de nuestra época, con diversas modalidades y varios grados de eficacia y legitimidad.

63. Por lo que respecta al ordenamiento constitucional mexicano, podemos afirmar que si bien la experiencia de una jurisdicción constitucional en sentido estricto es relativamente reciente, en virtud de que hasta las reformas a la carta federal de 1988 y 1995, que hemos señalado brevemente con anterioridad (*supra* párrafos 40 y 41), el control de la constitucionalidad, no obstante que formalmente existían otros instrumentos como el juicio político y las controversias constitucionales, en la realidad, se apoyaba exclusivamente en el juicio de amparo, que ha sido un mecanismo tutelar eficaz para la protección de los derechos fundamentales de los mexicanos.

64. Como certeramente lo señaló uno de nuestros más prestigiados constitucionalistas, Felipe Tena Ramírez, el juicio de amparo ha tenido que soportar un peso excesivo como único medio de protección constitucional, que hasta los mencionados cambios recientes siempre ha sido la defensa del individuo (y de los grupos sociales organizados), dentro del orden de la Constitución, sin que fuera lo que acaso nunca podría ser; una defensa directa y autónoma de la carta fundamental.<sup>67</sup>

<sup>66</sup> Cfr. *Esencia y valor de la democracia*, trad. de Rafael Luego Tapia y Luis Legaz Lacambra, 2a. ed., Barcelona, Ediciones Guadarrama-Colección Universitaria de Bolsillo Punto Omega, 1977, pp. 106 y 107.

<sup>67</sup> Cfr. *Derecho constitucional mexicano*, 31a. ed., México, Porrúa, 1997, pp. 529-533; Fix-Zamudio, Héctor, “La defensa de la Constitución en México y en el pensamiento de Felipe Tena Ramírez”, *Estudios jurídicos en homenaje a Felipe Tena Ramírez*, México, Porrúa, 1999, pp. 123-184.

65. Si observamos la creciente importancia de nuestra Suprema Corte de Justicia en la solución de conflictos constitucionales, tanto por lo que respecta a las controversias constitucionales como a las acciones de inconstitucionalidad, las primeras reelaboradas y la segunda introducida en las reformas constitucionales y legales de 1995, resulta innegable que nuestro máximo tribunal ha tenido una participación esencial en la consolidación del régimen plural que se inició con las modificaciones de 1977, se vigorizó en los mencionados cambios de 1988 y 1995, y culminó en materia electoral en 1996, además del cambio de partido en la titularidad del Ejecutivo Federal en 2000. Si bien un régimen democrático sólo puede implantarse de manera paulatina, el progreso que se ha realizado en los últimos años ha sido muy significativo en nuestro país, y en esa evolución ha tenido una intervención muy importante nuestra Suprema Corte de Justicia, que se ha convertido en un árbitro en los conflictos entre los órganos del poder del Estado.<sup>68</sup>

66. Pero como una de las funciones esenciales de los organismos jurisdiccionales de resolución de conflictos constitucionales radica en la protección en última instancia de los instrumentos procesales de tutela de los derechos fundamentales de los gobernados, que es uno de los aspectos esenciales de los regímenes democráticos contemporáneos,<sup>69</sup> resulta indispensable actualizar nuestra máxima institución procesal que se ha quedado rezagada respecto de instrumentos similares, inclusive con la misma denominación, o algunos equivalentes, que se han establecido en Iberoamérica, inspirados inicialmente por el modelo mexicano, pero que nos han superado ampliamente. Si hemos avanzado en otros instrumentos de la jurisdicción constitucional, tenemos que hacerlo también respecto del derecho de amparo, y por ello sería indispensable que el Congreso de la Unión, aprobara el importante Proyecto de reformas

<sup>68</sup> Cfr. los importantes comentarios críticos del conocido constitucionalista mexicano Cossío Díaz, José Ramón, coordinador conjuntamente con Luis M. Pérez de Acha, *La defensa de la Constitución*, Ediciones Fontamara, 1997.

<sup>69</sup> Cfr. Fix-Zamudio, Héctor, “Justicia constitucional y derechos humanos en Latinoamérica”, Pérez Tremps, Pablo, “Justicia constitucional y defensa de derechos fundamentales en Europa”, y Salgado Pesantes, Hernán, “Justicia constitucional y derechos humanos en el Ecuador”, los tres trabajos en López Guerra, Luis (coord.), *La justicia constitucional en la actualidad*, Quito, Corporación Editora Nacional, 2002, pp. 247-351.

constitucionales y de nueva Ley de Amparo, que ha promovido la Suprema Corte de Justicia de mayo de 2001.<sup>70</sup>

## VII. LAS RELACIONES ENTRE DEMOCRACIA Y JUSTICIA CONSTITUCIONAL

67. Pero si como hemos sostenido en el mundo contemporáneo el control de la constitucionalidad se ha transformado en un presupuesto de un régimen constitucional, en sentido inverso también la democracia constitucional debe considerarse como el presupuesto de la eficacia de la justicia constitucional, es decir, entre ambas instituciones existe un vínculo recíproco y permanente. En efecto, para que opere en la práctica la función efectiva de los organismos jurisdiccionales especializados en la resolución de las cuestiones de constitucionalidad, es preciso que exista un régimen pluralista de partidos, con respeto de la oposición política, con un mínimo de seguridad social y de respeto de los derechos fundamentales de los gobernados.

68. Podemos señalar como ejemplo al ordenamiento mexicano, ya que mientras funcionó en nuestro régimen político un partido predominante, si bien el sistema no podía calificarse como autoritario en sentido estricto, no permitía el funcionamiento de una separación y equilibrio de los órganos de gobierno, que se encontraban, así sea parcialmente, subordinados al Ejecutivo Federal. Además del juicio de amparo que era el único instrumento efectivo de control constitucional, pero únicamente en cuanto a la tutela de los derechos humanos individuales y sociales, no existía un sistema de control para proteger otras normas fundamentales. Por ello fue que, si bien el artículo 105 de la carta federal consagraba las *controversias constitucionales*, al menos en cuanto a las competencias de las autoridades federales y locales, o estas últimas entre sí, dichas controversias no se aplicaron en la realidad, si se toma en consideración que sólo una de ellas, el llamado *caso Oaxaca*, se resolvió en el fondo en 1932, ya que otros conflictos similares fueron decididos en su mayor parte por instrumentos políticos, entre ellos la llamada *desaparición de poderes* previsto por el artículo 76, fracción V, de la Constitución federal.<sup>71</sup>

<sup>70</sup> Cfr. la obra esencial para esta materia es el redactado por Zaldívar Lelo de Larrea, Arturo, *Hacia una nueva Ley de Amparo*, México, UNAM, 2002.

<sup>71</sup> Dicho precepto dispone: “Son facultades exclusivas del Senado: (...) V. Declarar, cuando hayan desaparecido los poderes constitucionales de un Estado, que es llegado el

69. Sin embargo, la reforma política emprendida en diciembre de 1977 en forma inicial, pero que culminó después de una prolongada evolución con las modificaciones de agosto de 1996, ha permitido la creación de un régimen pluralista tendencialmente democrático, que con dificultades pero sin retrocesos ha avanzado de manera paulatina, lo que ha permitido que la Suprema Corte de Justicia, que desde enero de 1988 inició su evolución como tribunal constitucional desde el punto de vista material, al concentrarse en la misma las cuestiones de constitucionalidad y enviarse las de legalidad a los tribunales colegiados de circuito, pudo desarrollar a partir de las reformas constitucionales y legales de 1995, una función de árbitro político entre los órganos del poder en nuestro país, al resolver de manera creciente tanto controversias constitucionales, no sólo de competencia sino también de *atribución*, es decir, las entabladas entre varios de los órganos de gobierno en sus diversos niveles, sino también ha conocido y resuelto distintas *acciones abstractas de inconstitucionalidad* promovidas por las minorías legislativas, y además, ha declarado la inconstitucionalidad de normas generales, con efectos *erga omnes*, lo que anteriormente se hubiera considerado insólito, todo ello de acuerdo con lo dispuesto por la Ley Reglamentaria de las fracciones I y II del artículo 105 de la Constitución de mayo de 1995 y la Ley Orgánica del Poder Judicial Federal de los mismos mes y año.

70. Control de constitucionalidad y régimen democrático son instrumentos inseparables, que se influyen recíproca y continuamente ya que ambos se enriquecen y perfeccionan de manera progresiva. Hemos iniciado ya el camino y esperamos que continúe en el futuro sin tropiezos e interrupciones. El próximo paso que debe darse y que consideramos indispensable, es la aprobación por el Congreso de la Unión del Proyecto de Reformas Constitucionales y de Nueva Ley de Amparo aprobado por la Suprema Corte de Justicia en mayo de 2001 y que recientemente se ha transformado en iniciativa presentada por un grupo de senadores de diversas fracciones parlamentarias, pues si bien las controversias constitu-

caso de nombrarle un Gobernador provisional, quien convocará a elecciones conforme a las leyes constitucionales del mismo Estado. El nombramiento de Gobernador se hará por el Senado a propuesta en terna del Presidente de la República con aprobación de las dos terceras partes de los miembros presentes, y en recesos por la Comisión Permanente, conforme a las mismas reglas. El funcionario así nombrado, no podrá ser electo Gobernador constitucional en las elecciones que se verifiquen en virtud de la convocatoria que él expidiere. Esta disposición regirá siempre que las constituciones de los Estados no prevean el caso (...)"

cionales y las acciones de constitucionalidad son esenciales para nuestro régimen democrático, la tutela de los derechos humanos de los mexicanos es de primordial importancia, ya que en su conjunto se ha calificado de acuerdo con la clásica denominación de Mauro Cappelletti, *la jurisdicción constitucional de la libertad*.<sup>72</sup>

71. Debemos reconocer que en esta materia nos hemos quedado rezagados, pues si bien nuestro juicio de amparo como instrumento protector de los derechos humanos de los mexicanos, durante mucho tiempo fue considerado paradigma por numerosos ordenamientos de Iberoamérica y se consagró en los instrumentos internacionales de derechos humanos, ahora es necesario recuperar ese liderazgo.

#### VIII. LA INTERNACIONALIZACIÓN DE LAS CONSTITUCIONES CONTEMPORÁNEAS Y SU INFLUENCIA EN LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL, ESPECIALMENTE EN IBEROÁMERICA

72. Esta materia de las relaciones cada vez más estrechas entre el derecho constitucional interno y el derecho internacional de los derechos humanos es bastante compleja, especialmente en virtud de la creciente vinculación entre ambos campos, y por ello es conveniente precisar varios aspectos: *a)* en primer lugar es necesario tomar en cuenta que las Constituciones iberoamericanas han reconocido, con diversos matices, la supremacía del derecho convencional y consuetudinario de carácter internacional respecto del derecho interno, de manera ostensible respecto de la regulación y protección de los derechos humanos, en un nivel superior al del derecho internacional general, en relación con los ordenamientos constitucionales internos; *b)* la creación de instrumentos universales y regionales de protección de los derechos humanos, incluyendo los organismos tanto universales como regionales de protección de los derechos humanos en el ámbito internacional.

73. Debe tomarse en consideración que el concepto de derechos humanos ha sido desarrollado desde varias perspectivas: en primer término existe un enfoque más estricto, que entiende por tales a los que han sido establecidos para beneficio de los seres humanos en sus dimensiones individual y colec-

<sup>72</sup> Cfr. *La jurisdicción constitucional de la libertad*, trad. de Héctor Fix-Zamudio, México, UNAM, 1961.

tiva; pero desde una perspectiva más amplia se abarcan otros sectores estrechamente vinculados con los primeros y que se divide en tres categorías: *a)* los derechos humanos en sentido estricto; *b)* los comprendidos por el *derecho humanitario*, es decir aquellos que protegen a las personas durante los conflictos internacionales e internos, y *c)* aquellos que se comprenden dentro del llamado *derecho de los refugiados*, es decir el que abarca los de las personas que se ven precisadas a abandonar su país de origen por problemas de persecución política, conflictos armados, discriminación o marginación, y cuyo número se ha incrementado considerablemente en los últimos años en muchos lugares del mundo contemporáneo. La doctrina ha señalado esta triple relación en el campo extenso de los derechos humanos.<sup>73</sup>

74. Se toma en primer lugar la dimensión estricta de los derechos humanos, que surgió de una amplia trayectoria que podemos retrotraer desde el punto de vista histórico hasta sus antecedentes remotos en la filosofía greco-latina, posteriormente, la Edad Media, el Renacimiento y particularmente la Revolución francesa al finalizar el siglo XVIII, que consagró en un documento constitucional los derechos de carácter individual, es decir la *Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano en 1789*, los que se introdujeron también en las cartas de los Estados de las colonias inglesas en América, durante su lucha de independencia y posteriormente con las primeras enmiendas de la Constitución de los Estados Unidos de 1787, que entraron en vigor en 1791, y esta institucionalización se generalizó en las Constituciones clásicas liberales del siglo XIX, que se extendieron a los derechos sociales, económicos y culturales, los que fueron elevados a nivel constitucional en algunas cartas de la primera posguerra, en primer término en la carta federal mexicana y en el mismo periodo en algunas europeas encabezadas por la ley suprema alemana de 1919.

<sup>73</sup> Cfr. Cançado Trindade, Antonio Augusto, Preytignet, Gérard y Ruiz de Santiago, Jaime, *As tres vertentes da protecao internacional dos direitos da pessoa humana. Direitos humanos, direito humanitario, direito dos refugiados*, San José de Costa Rica-Brasilia, Comité Internacional de la Cruz Roja-Instituto Interamericano de Derechos Humanos-Alto Comisionado de las Naciones para los Refugiados, 1996; Cançado Trindade, Antonio Augusto, *Tratado de direito internacional dos direitos humanos*, Porto Alegre, Brasil, Sergio Antonio Fabris Editor, 1997, especialmente t. I, pp. 270-349, *Id.* en coautoría con Ruiz de Santiago, Jaime, *La nueva dimensión de las necesidades de protección del ser humano en el inicio del siglo XXI*, San José, Costa Rica, Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, 2001.

75. Al término de la segunda guerra mundial y debido a las violaciones masivas y persistentes de los derechos humanos por los regímenes totalitarios que iniciaron esta conflagración, y la creación de la Organización de las Naciones Unidas en 1945, una de cuyas finalidades fue reconocer la importancia de tales derechos, se modificó una de las reglas tradicionales del derecho internacional clásico al otorgar a las *personas individuales y a los grupos sociales la categoría de sujetos del derecho internacional*, que antes se confería de manera exclusiva a los Estados, ya que eran ellos por conducto de la protección diplomática, los encargados de la protección de los derechos humanos de sus nacionales residentes en otros Estados. La labor de las Naciones Unidas en este campo ha sido impresionante por medio de convenciones, declaraciones y recomendaciones.

76. Desde el punto de vista *sustantivo*, en este ámbito mundial o universal podemos señalar como documentos básicos, en primer lugar la *Declaración Universal de los Derechos del Hombre*, expedida en París el 10 de diciembre de 1948 por las mismas Naciones Unidas, y que en un principio sólo podía ser considerada como un catálogo de compromisos morales, pero que con el tiempo se ha convertido en un instrumento imperativo en muchos de sus preceptos, por medio de la costumbre internacional y la institución del *ius cogens*. En segundo lugar en este ámbito se pueden destacar los dos *pactos de las Naciones Unidas sobre Derechos Civiles y Políticos* y de *Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, expedidos por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966 y que entraron en vigor el 3 de enero y 23 de marzo de 1976, respectivamente, y que en la actualidad han sido ratificados por una gran mayoría de los Estados miembros de las Naciones Unidas.

77. Pero a partir de la segunda posguerra, además del avance que se ha señalado anteriormente del reconocimiento a las personas individuales y los grupos sociales como sujetos del derecho internacional, se han introducido *normas de derecho procesal e instituciones tutelares, inclusive algunas de carácter jurisdiccional* para la protección de los derechos humanos en la esfera internacional mundial o universal, ya que las Naciones Unidas por medio de tratados multilaterales han introducido de manera paulatina diversos *comités* que se encargan por materias de la protección específica de algunos derechos humanos. Algunos de estos comités están facultados para admitir reclamaciones individuales y formular recomendaciones a los Estados respectivos, atribuciones que han aumentado de manera paulatina. Estos comités han sido reconocidos por

los Estados iberoamericanos, los que tienen la obligación de enviar a los mismos informes sobre la situación de los diversos derechos. El más importante de dichos comités es el de *Derechos Humanos*, formado por 18 expertos elegidos a título individual, por un periodo de cuatro años, con reelección. Está regulado por el Protocolo Facultativo del Pacto de las Naciones Unidas sobre Derechos Civiles y Políticos, que ha sido reconocido por casi todos los gobiernos de Iberoamérica.

78. A lo anterior deben agregarse los dos órganos que dependen del ECOSOC (Consejo Económico y Social): el actualmente *Consejo de Derechos Humanos*, de reciente creación, ya que sustituyó a la anterior Comisión de Derechos Humanos, y que se integra por representantes de los Estados, cuya primera Presidencia la ocuparon los representantes de México. Como dependiente del organismo anterior se estableció un, órgano técnico, la *Subcomisión* (anteriormente de Prevención de Discriminaciones y Protección de Minorías, y con posterioridad de *Promoción y Protección de los Derechos Humanos*, que se formaba por 26 expertos de cinco regiones). Con motivo de las reformas recientes a la estructura de la Organización de Naciones Unidas, también su suprimió la mencionada Subcomisión, la que fue sustituida por un grupo de 18 expertos de diversas regiones del mundo, con el objeto de asesorar al actual Consejo de Derechos Humanos.

79. Finalmente, debe señalarse que la Organización de las Naciones Unidas cuenta con varios tribunales, entre los cuales destaca la *Corte Internacional de Justicia* y recientemente la *Corte Penal Internacional*, así como algunos creados por el Consejo de Seguridad con el objeto de sancionar a los delitos de genocidio y crímenes contra la humanidad, como los de *Yugoeslavia*, de *Ruanda* y el de *Sierra Leona*.<sup>74</sup> Aun cuando la Corte Internacional de Justicia tiene como función esencial la solución de conflictos entre Estados, en algunos casos las controversias son sobre aplicación de derechos humanos.<sup>75</sup>

<sup>74</sup> Este tribunal fue establecido por el Consejo de Seguridad, como los dos anteriores, en su resolución 1315 del 14 de agosto de 2000, en el cual se estableció su Estatuto. Documento S/2000/915.

<sup>75</sup> En los casos de los hermanos alemanes Lagrand residentes en los Estados Unidos, que fue promovido por la República Federal de Alemania contra el gobierno de Estados Unidos, resuelto por la Corte Internacional de Justicia el 27 de junio de 2001, dando razón a la promovente, en el sentido de que no se había dado cumplimiento a la obligación establecida por el artículo 36, párrafo 1, inciso h de la Convención de Viena sobre Rela-

80. Además de los anteriores, se han creado tres tribunales regionales, dos de ellos con comisiones que se encargan de recibir las reclamaciones y formular recomendaciones, así como presentar los casos ante las cortes respectivas. Es decir: *cortes Europea, Interamericana y Africana*, esta última todavía en vías de operación, ya que su estatuto ya ha sido aprobado, y en 2006 se han designado los jueces que deben integrarla, pero todavía no se establece el lugar de su residencia. Estos organismos están vinculados con *tres organizaciones regionales*: el Consejo de Europa, la Organización de los Estados Americanos y la Carta de la Unidad Africana de 1963. Estos tres tribunales son la vía de solución definitiva de los planteamientos de violación de los derechos humanos, y corresponden a tres convenciones: la *Europea* (Roma, 1950, en vigor en 1953); *Americana* (San José, 1969, en vigor en 1978), y la *Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos* (1981 en vigor en 1986). En América y África, actúan como órganos de instrucción, las comisiones respectivas; en Europa funcionó desde 1954 hasta 1998, ya que fue suprimida por el Protocolo número 11, que entró en vigor el 1o. de noviembre de 1998, en la cual se estableció el acceso directo de los afectados ante la misma Corte, la que se transformó en permanente.<sup>76</sup> En cuanto a la Corte

ciones Consulares del 24 de abril de 1963, de informar a los extranjeros acusados de delitos graves, de la posibilidad de acudir al respectivo cónsul de su país para su asistencia en la defensa judicial, con lo cual se infringía el derecho del debido proceso establecido por otros tratados internacionales suscritos por los dos países contendientes. Una sentencia posterior, del 31 de marzo de 2004, en el caso denominado Avena y otros, planteado por el gobierno de México ante la misma Corte Internacional de Justicia contra los Estados Unidos por el mismo motivo, también le dió la razón al gobierno mexicano por las mismas razones que en la controversia anterior; *cf.* Gómez Robledo V., Juan Manuel, "El caso Avena y otros nacionales mexicanos (México contra los Estados Unidos de América)", *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, V, México, UNAM, 2005, pp. 178-220.

<sup>76</sup> Como la bibliografía sobre estos sistemas regionales es muy abundante, citaremos únicamente las más recientes. Por lo que respecta al sistema europeo, que fué el primero en aparecer, se pueden considerar como los estudios más recientes: Marguenaud, Jean Pierre, *La Cour Européenne des Droits de l'Homme*, 3a. ed., París, Dalloz, 2005; Brage Camazano, Joaquín, "Strasburgum causa finita. El amparo intereuropeo ante el Tribunal de Estrasburgo, última instancia de tutela de los derechos fundamentales en Europa"; Fix-Zamudio, Héctor, "La Corte Europea de Derechos Humanos y el derecho de amparo internacional", y Morenilla Allard, "El proceso de amparo ante el Tribunal Europeo de

Africana, que como hemos dicho todavía no entra en funcionamiento, ha despertado el interés de la doctrina no sólo de ese continente sino también de otras regiones en las cuales han realizado por varios años esta actividad tutelar de los derechos humanos los organismos jurisdiccionales que hemos mencionado con anterioridad.<sup>77</sup>

81. Se puede hacer una breve referencia a los otros sectores estrechamente vinculados con los derechos humanos en sentido propio, que son los relativos al *derecho humanitario y el de los refugiados*. La primera categoría, que como se ha mencionado anteriormente, comprende los derechos humanos afectados durante las situaciones de emergencia tanto internas como internacionales, que han sido tan frecuentes en los últimos años. Este sector ha sido desarrollado por la Comunidad Internacional debido a la constante promoción del *comité internacional de la Cruz Roja*, la que se apoya en las diversas secciones nacionales. Con motivo de esta meritoria labor, se aprobó en Suiza el primer convenio suscrito en 1864, que se desarrolló posteriormente por medio de cuatro convenciones suscritas en la ciudad de Ginebra, del mismo país, que constituyen la base fundamental del derecho humanitario, y que ha continuado su evolución de acuerdo con los numerosos conflictos que se han presentado en los siguientes años y por este motivo se hizo necesario revisar en una Conferencia Internacional efectuada también en Suiza en 1974, los convenios de 1949, los que fueron adicionados por dos nuevos *protocolos*, el primero relativo a los *conflictos internacionales y las guerras de descolonización*, el segundo, que contiene normas relativas a *conflictos internos que rebasen la situación de simples disturbios*.

82. Como una breve referencia al *derecho de los refugiados* se puede señalar que este sector del concepto amplio de los derechos humanos se fundó con dificultad en la primera posguerra, debido a la insistente promoción del doctor Fridthof Hansen (1861-1930), delegado de Noruega a la Liga de las Naciones la que surgió en 1919 con motivo de los Tratados de Paz de Versalles al terminar la primera guerra mundial. Como la citada Sociedad de Naciones surgió débil por la desunión de los países en aquel entonces, no fue sencillo acoger las meritorias iniciativas del doctor Hansen ante dicha Organización, en beneficio de millones de refugiados de todo el mundo, que se habían visto obligados a abandonar sus lugares de residencia debido a los constantes conflictos surgidos en esa primera posguerra, y que culminaron con la todavía más destructiva Segunda Guerra Mundial iniciada en 1939.

No obstante las dificultades el doctor Hansen en 1921 logró con el acuerdo de las potencias más importantes, establecer el llamado *Pasaporte Hansen*, que protegió a los desplazados de 26 países, entre ellos los de la naciente Unión Soviética, y en 1922 logró que la misma sociedad de las Naciones le entregara más de diez millones de libras esterlinas, para lograrles asentamientos seguros. Debido a esa importante labor, el doctor Hansen fue designado Primer Comisionado de los Refugiados de las Liga de las Naciones y además le fue conferido muy merecidamente el Premio Nobel de la Paz en 1923.

83. Durante la Segunda Guerra Mundial las hostilidades provocaron el desplazamiento de un número creciente de personas en Europa, por lo que 43 países decidieron establecer en 1943 la *Agencia de las Naciones Unidas para el Auxilio y la Rehabilitación (UNRAA)*, encargada de la repatriación de las personas que no tenían ninguna otra posibilidad de solución. Sus funciones terminaron hasta 1947, después de haber repatriado siete millones de personas.

84. El 15 de diciembre de 1946, con antelación a la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, la Asamblea General de las Naciones Unidas estableció por conducto de un Estatuto Provisional y año y medio de duración, la *Organización Internacional de Refugiados (OIR)*, que fue sustituida de manera definitiva con la designación el 13 de diciembre de 1949, por parte de la de la Asamblea General de un *Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados*, cuyo Estatuto fue aprobado por la misma Asamblea General de 14 de diciembre de 1950, y recibió desde entonces el nombre de *ACNUR*, cuya oficina inició sus actividades el primero de enero de 1951. Este organismo fue perfeccionado de manera paulatina, ya que el 26 de julio de ese mismo año de 1951 fue aprobada en Ginebra, Suiza, la *Convención Relativa a los Derechos de los Refugiados*, que protegía a los desplazados hasta el primero de enero de ese año, por lo que fue necesario suscribir por la Asamblea General el 31 de enero de 1967, y en la ciudad de Nueva York, el *Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados*, que protege los derechos de los refugiados que han surgido con posterioridad de esta fecha.

85. De manera paulatina, también a partir de la segunda posguerra, las Constituciones de Iberoamérica incorporaron con mayor intensidad las nor-

mas de derecho internacional convencional y consuetudinario, y otorgaron a los derechos humanos preeminencia dentro del derecho internacional.

86. Si se observa dicha evolución se puede señalar que la mayor penetración del derecho internacional ha sido en el campo de los derechos humanos, ya que si bien se estableció una jerarquía superior al derecho internacional general sobre el derecho interno, esa jerarquía se fortaleció respecto del *derecho internacional de los derechos humanos*.

87. Es posible señalar que desde un punto de vista panorámico existen tres categorías de esa incorporación en las Constituciones nacionales: *a)* tienen preeminencia sobre el derecho interno, pero inmediatamente por debajo de las normas constitucionales, y aquí podemos señalar varios ejemplos: Portugal, España, Guatemala, Costa Rica, El Salvador, Honduras, Nicaragua y México; *b)* reconocimiento expreso o implícito de la equiparación de las normas de derecho internacional a nivel constitucional nacional: Argentina, reforma de 1994; Brasil (1998); Colombia, de manera implícita (carta de 1991); Perú (carta de 1979, pero no en la vigente de 1993); y Venezuela (Constitución de 1999), *c)* la doctrina sostiene que puede advertirse la tendencia de conferir a dicho derecho internacional de los derechos humanos un carácter superior a las mismas normas constitucionales internas.<sup>77</sup>

88. En esta dirección es conveniente destacar la evolución que ha tenido el derecho internacional convencional en las Constituciones de Iberoamérica, y particularmente en los ordenamientos latinoamericanos, ya que en nuestra región se había otorgado tradicionalmente un rango secundario a los tratados internacionales en general, incluyendo los relativos a los derechos humanos pero esta situación ha evolucionado, en ocasiones con celeridad, hacia el reconocimiento de su nivel jerárquico superior al de las normas internas. En esta materia podemos destacar tres corrientes:<sup>78</sup> *a)* En la primera se ha señalado a los tratados internacionales en general una situación jerárquica superior a las normas ordinarias, pero inmediatamente inferior a las normas constitucionales (y como ejemplo podemos citar la decisión de la Suprema Corte mexicana que

<sup>77</sup> Cfr. Ayala Corao, Carlos M., *La jerarquía constitucional de los tratados relativos a los derechos humanos y sus consecuencias*, México, Fundación Universitaria de Derecho, Administración y Política, 2003.

<sup>78</sup> *Ibidem*.

modificó la jurisprudencia tradicional en 1999);<sup>79</sup> b) un segundo sector académico señala el criterio mayoritario que otorga a los *tratados de derechos humanos* la misma jerarquía de las normas constitucionales, ya sea expresamente, como en la Carta peruana de 1979; en la reforma constitucional argentina de 1994 y en la Ley Suprema venezolana de 1999, o en ocasiones de manera implícita; y c) finalmente se puede mencionar una corriente doctrinal que sostiene que dichas disposiciones internacionales poseen una categoría superior a la de los preceptos constitucionales internos. Debe destacarse que en la Carta Fundamental venezolana de 1999, además de establecer, como se ha dicho, que los tratados internacionales de derechos humanos tienen la misma categoría que las normas constitucionales, dispone además que, en caso de conflicto con los derechos constitucionales internos, se confiere primacía a las *normas más favorables a los afectados ya sean nacionales o internacionales*.<sup>80</sup>

89. Si bien la incorporación de los tratados así como de las costumbres internacionales en los ordenamientos nacionales se inició en Europa occidental, inclusive en la primera posguerra, en cuanto que el artículo de la Constitución alemana de Weimar del 11 de agosto de 1919 disponía en su artículo 4o., que: “Las reglas del derecho internacional generalmente reconocidas, forman parte del Reich (Estado) alemán”, y un precepto similar estaba regulado por el artículo 9o. de la carta federal austriaca en su texto original de 1921. En la segunda posguerra, se ha seguido la misma tendencia, inclusive con mayor vigor en las cartas constitucionales europeas, y al efecto podemos citar como ejemplo el ar-

<sup>79</sup> Este criterio jurisprudencial se estableció por unanimidad de diez votos al resolver el Tribunal en Pleno el 11 de mayo de 1999, el amparo en revisión 1475/98, promovido por el Sindicato Nacional de Controladores de Tránsito Aéreo, tesis LXXVII/99, publicada en el *Informe de Labores de la Suprema Corte de Justicia*, 1999, pp. 841-843. Pueden consultarse los agudos comentarios sobre esta tesis realizados por los juristas mexicanos, Becerra Ramírez, Manuel, Carpizo, Jorge, Corzo, Edgar y López-Ayllón, Sergio, *Cuadernos Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, núm. 3, julio-diciembre de 2000, pp. 169-208.

<sup>80</sup> El artículo 26 de la Constitución Política de Venezuela establece que: “Los tratados pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por Venezuela, tienen jerarquía constitucional y prevalecen en el orden interno, en la medida que contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorables a las establecidas por esta Constitución y en las leyes de la República, y son de aplicación inmediata y directa por los tribunales y demás órganos del poder público constitucional” (las cursivas son mías).

título 25 de la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania de 1949, que establece sobre esta materia, que “Las normas generales del derecho internacional público constituyen parte integrante del derecho federal, tendrán primacía sobre las leyes y crearán derechos de modo inmediato para los habitantes del territorio federal”.

90. Continúan en esta dirección otras cartas supremas como la italiana de 1948, y la austriaca de 1929, que fue restablecida en 1945,<sup>81</sup> y esta influencia del derecho internacional se ha extendido también a otros ordenamientos europeos, entre los cuales destacan dos países que sufrieron largas dictaduras, y que al restaurarse el sistema democrático, se han incorporado a los ejemplos anteriores en sus textos constitucionales, nos referimos a las cartas de Portugal (1976-1982) y de España (1978).

91. El artículo 1o., inciso 2 de la carta española, establece: “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 la misma materia ratificados por España* (Las cursivas son del autor).<sup>82</sup> Además debe tomarse en consideración lo dispuesto por el artículo 96, inciso I, de dicha carta fundamental, en el sentido de que:

Los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España *formarán parte del derecho interno. Sus disposiciones sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista por los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho Internacional (...)* (las cursivas son del autor).

<sup>81</sup> El artículo 10 de la Constitución de la República Italiana de 1947, dispone en lo conducente: “El ordenamiento jurídico italiano se sujetará a las normas de derecho internacional generalmente reconocidas (...)”. A su vez el artículo 9o. de la Constitución austriaca de 1929, restablecida en 1945 y reformada varias veces con posterioridad, establece en la parte relativa de su artículo 9o. “1. Se consideran parte integrante del ordenamiento federal las normas generalmente reconocidas del derecho internacional...”.

<sup>82</sup> Cfr. Fernández Segado, Francisco, *Manual de derecho constitucional español*, Madrid, Dykinson, 1992, pp. 240-339; Torres del Moral, Antonio, *Principios de derecho constitucional español*, 2a., ed., Madrid, Átomo Ediciones, 1998, t. I, pp. 231-234; Jiménez Blanco, Antonio, Jiménez Blanco, Gonzalo, Mayor, Pablo, y Osorio, Lucas, *Comentario a la Constitución. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Madrid, Editorial Centro de Estudios Ramón Aroces, 1993, pp. 49-53.

92. Por lo que respecta a la ley fundamental portuguesa, en su artículo 8o. vigente, se dispone, al respecto:

*Del derecho internacional.* 1. Las normas y los principios del Derecho internacional general o común forman parte integrante del derecho portugués. 2. Las normas vigentes de los convenios internacionales ratificados o aprobados regirán en el derecho interno una vez que se haya publicado oficialmente y en la medida que obliguen internacionalmente al Estado portugués. 3. *Regirán directamente en el ámbito interno las normas emanadas por los órganos competentes de las organizaciones internacionales de las que forme parte Portugal, con tal que así esté establecido en los respectivos tratados constitutivos* (las cursivas son del autor).

93. De manera específica en cuanto a los derechos humanos, la carta fundamental de Portugal, dispone:

*Del ámbito y sentido de los derechos humanos.* 1. Los derechos fundamentales proclamados en la Constitución *no excluyen cualesquiera otros que resulten de las leyes y de las normas aplicables del derecho internacional.* 2. *Los preceptos constitucionales y legales relativos a los derechos fundamentales deberán ser interpretados e integrados en armonía con la Declaración Universal de los Derechos del Hombre.* (Ese precepto es muy similar al de la Constitución Española citado anteriormente (las cursivas son del autor).

94. En los ordenamientos latinoamericanos se ha efectuado una evolución similar al tomar en cuenta el desarrollo europeo de incorporación interna de los tratados internacionales, como se ha señalado con anterioridad. Para destacar esta evolución se pueden citar varios ordenamientos constitucionales latinoamericanos que han consagrado, con diversas modalidades, la jerarquía superior de los tratados de derechos humanos incorporados al derecho interno, respecto de las disposiciones legislativas nacionales, pero con algunas variantes en el nivel de los primeros respecto de las segundas.

95. a) En primer término y en esta dirección debe citarse el artículo 46 de la *Constitución guatemalteca de 1985*, el cual preceptúa: “Preeminencia 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 inter-

no”. b) A su vez, el artículo 7o. primer párrafo de la carta fundamental de *Costa Rica* de 1949, 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*” (En ambos preceptos las cursivas son del autor). Respecto del segundo artículo mencionado, éste se refiere a los instrumentos internacionales en general, pero aun cuando se señala expresamente la jerarquía superior de los mismos se aplica con mayor razón a los relativos a los derechos humanos, y todos ellos, pero especialmente estos últimos, se aplican constantemente por los tribunales costarricenses, en especial por la Sala Constitucional de ese país.

96. c) En la carta suprema de *Colombia* de 1991 se establece en el artículo 93, el siguiente precepto, cuya parte final se inspira en el principio establecido por los artículos 16 y 10, respectivamente de las Constituciones de Portugal y de España, mencionados con anterioridad:

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* (las cursivas son del autor).

97. d) La situación de predominio es todavía más evidente cuando se reconoce de manera expresa la jerarquía constitucional de los tratados internacionales sobre derechos humanos, como ocurre en el artículo 75, inciso 22, de la *Constitución argentina* reformada sustancialmente el 22 de agosto de 1994. En la primera parte de dicho artículo (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 de los concordatos, pero confiere *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 alguno de la Primera Parte de esta Constitución (que se refiere a los derechos humanos consagrados por dicha parte de la Ley Suprema), y deben entenderse *complementarios* de los derechos y garantías por ella reconocidos. Sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo, previa aprobación de dos terceras partes de los miembros de

las Cámaras. Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos (no mencionados expresamente en dicho precepto), luego de ser aprobados por el Congreso requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para poder gozar de la jerarquía constitucional (las cursivas son del autor).<sup>83</sup>

98. e) El artículo 105 de la *Constitución peruana anterior de 1979*, establecía de manera expresa: “*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*” (las cursivas son del autor).<sup>84</sup> Sin embargo, en la carta fundamental vigente 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 las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú, norma que también se inspira en los mencionados artículos 16 y 10 de las cartas portuguesa y española.<sup>85</sup>

99. f) En esta dirección, también debemos destacar la parte relativa del artículo 5o. de la Constitución chilena de 1980, reformada por el plebiscito del 30 de julio de 1989, y que conserva la modificación constitucional de 1995: “*El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza huma-*

<sup>83</sup> Los instrumentos internacionales enumerados de manera expresa por la citada norma de la Constitución argentina son los siguientes: la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de los Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; El Pacto Internacional sobre Derechos Sociales, Económicos y Culturales; el Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Protección y Sanción del Delito de Genocidio; la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes y la Convención sobre los Derechos del Niño”, *Cfr.* Bidart Campos, Germán J., *Manual de la Constitución reformada*, Buenos Aires, Ediar, 1997, t. I, pp. 99-297.

<sup>84</sup> *Cfr.* García Sayán, Diego, “Constitución política y política exterior”, *La Constitución diez años después*, Lima, Constitución y Sociedad-Fundación Friedrich Naumann, 1989, pp. 205-221.

<sup>85</sup> *Cfr.* Curlizza, Javier, “La inserción y jerarquía de los tratados en la Constitución de 1993: retrocesos y conflictos”, *La Constitución de 1993. Análisis y comentario, II*, Lima, Comisión Andina de Juristas-Konrad Adenauer Stiftung, 1995, pp. 56-83.

na”. 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*<sup>86</sup> (las cursivas son del autor).

100. g) Se advierte la propensión a conferir rango constitucional a los tratados internacionales de derechos humanos en el artículo 142 de la Constitución de Paraguay de 1992, en la cual se 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”. 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 en cierta manera se asemeja a lo que disponía el artículo 105 de la Constitución peruana de 1979 (*supra* párrafo 27), y establece actualmente el artículo 75, inciso 22, de la Carta argentina reformada en 1994 (*supra* párrafo 26).

101. h) También debe destacarse lo dispuesto por el artículo 5o., párrafo LXXVII, inciso 2 de la Constitución brasileña vigente 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 sea parte la República del Brasil*” (las cursivas son mías). Lo anterior significa en mi concepto, que los derechos consagrados en dichos tratados forman parte de manera implícita de los que tienen carácter fundamental y han sido consagrados expresamente por dicha ley suprema, en el supuesto de que los primeros amplíen y complementen a los segundos.

102. i) La carta fundamental de Venezuela de 1999, siguió el ejemplo de las Constituciones de Perú de 1979 y de la reforma constitucional argentina de agosto de 1994, pues reconoció de manera expresa la *jerarquía constitucional de los tratados sobre derechos humanos* en su artículo 23, el cual preceptúa:

*Los tratados, pactos y convenciones relativas a derechos humanos, suscritos y ratificados por Venezuela, tienen jerarquía constitucional y prevalecen en el orden interno, en la medida en que contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorables a las establecidas por esta Constitución y*

<sup>86</sup> Cfr. Blanc Renard, Neville *et al.*, *La Constitución chilena*, Valparaíso, Universidad Católica, 1990, t. I, pp. 36-40.

*la ley de República, y son de aplicación directa por los tribunales y demás órganos del Poder Público* (las cursivas son del autor).<sup>87</sup>

103. Como puede observarse, en la mayoría de los ordenamientos constitucionales latinoamericanos se advierte una tendencia cada vez más acentuada para otorgar a los tratados internacionales en general una jerarquía superior a las normas ordinarias, y específicamente a aquellos que consagran derechos humanos, ya que en cuanto a estos últimos existe la tendencia de otorgarles una categoría equivalente a las disposiciones constitucionales (ya sea de manera expresa o implícita), o al menos, inmediatamente inferior a la de las normas fundamentales.<sup>88</sup>

104. En el ordenamiento constitucional mexicano no se ha iniciado todavía un desarrollo similar, ya que se había impuesto por muchos años en la jurisprudencia y en la doctrina tradicionales, el criterio inspirado en el artículo VI de la Constitución de los Estados Unidos, precepto que casi literalmente se consagró en el artículo 126 de la Constitución Federal de 1857, y con ligeras variantes ese texto fue incorporado al artículo 133 de la carta fundamental vigente.<sup>89</sup> De acuerdo con esta norma, la Corte Federal de Norteamérica y la Suprema Corte mexicana establecieron interpretaciones similares, en el sentido de que una vez aprobados los cita-

<sup>87</sup> Cfr. Brewer-Carías, Allan R., *La Constitución de 1999 comentada*, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 1999, p. 161. El autor considera que el citado precepto transcrito debe considerarse como una de las grandes innovaciones de esa carta fundamental.

<sup>88</sup> Sobre esta tendencia a la jerarquía superior de los tratados internacionales, especialmente los que consagran derechos fundamentales, pueden consultarse, entre otros, Fix-Zamudio, Héctor, “El derecho internacional de los derechos humanos en las Constituciones latinoamericanas y en la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *The Modern World of Human Rights. El mundo moderno de los derechos humanos, Essays in Honor. Ensayos en honor, Thomas Buergenthal*, San José, Costa Rica, Instituto Interamericano de los Derechos Humanos, 1996, pp. 159-207; Ayala Corao, Carlos M., *La jerarquía constitucional de los tratados relativos a derechos humanos y sus consecuencias*, cit. nota 78.

<sup>89</sup> En su primer párrafo, el citado artículo 133 de la ley fundamental de México, 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 la Unión (...)”.

dos tratados internacionales ratificados por el Ejecutivo Federal y aprobados por el Senado, debían equipararse a las leyes federales.<sup>90</sup>

## IX. CONCLUSIONES

105. De acuerdo con lo expuesto anteriormente y de manera sintética, podemos llegar a las siguientes conclusiones.

106. *Primera.* Resulta complicado precisar el concepto de democracia, ya que la misma, en realidad es una aspiración que ha experimentado transformaciones con el transcurso del tiempo, y no puede afirmarse que se ha realizado plenamente. Si hacemos abstracción de las aproximaciones democráticas de la antigüedad, y nos referimos únicamente a la surgida a fines del siglo XVIII y primeros años del XIX en los Estados Unidos y en Francia y que predominó a lo largo del propio siglo XIX hasta el inicio de la Primera Guerra Mundial, es decir lo que se ha llamado *democracia clásica*, la misma se apoyaba esencialmente en el dogma de la división de los poderes, del sufragio censitario o universal, y del respeto de los derechos humanos de carácter individual. Pero de manera paulatina, la democracia contemporánea que se inició con la consagración de los derechos sociales, económicos y culturales en el texto fundamental (constitucionalismo social iniciado por la carta federal de 1917), se consolida en la segunda posguerra como *Estado de derecho democrático y social*, que agrega otros factores a la democracia clásica, como son las instituciones para lograr el respeto y participación de las minorías, el establecimiento de algunos instrumentos de democracia semidirecta, como el referéndum, el plebiscito y la iniciativa popular, el reconocimiento de los citados derechos sociales y la redistribución de bienes y servicios para lograr un mínimo de bienestar a los gobernados. Es este tipo de democracia, calificada de *participativa* (y no simplemente representativa), la que debe tomarse en consideración respecto a la jurisdicción constitucional.

107. *Segunda.* La jurisdicción constitucional surgió primeramente en la Constitución Federal estadounidense de 1787 (con antecedentes en la época colonial), de acuerdo con lo establecido por sus artículos III y VI, en virtud

<sup>90</sup> Cfr. Carpizo, Jorge, “La interpretación del artículo 133 constitucional”, *Estudios de derecho constitucional*, 8a. ed., México, Porrúa-UNAM, 2003, pp. 22-24, Fix-Zamudio, Héctor y Carmona Valencia, Salvador, *Derecho constitucional mexicano y comparado*, 5a. ed., México, Porrúa-UNAM, 2007, pp. 70-79.

de que con estos preceptos se le otorgó a dicha carta el carácter de *norma jurídica*, es decir que al principio de supremacía constitucional se le otorgó un instrumento para su validez jurídica, por conducto de la revisión judicial, por lo que a los jueces se les otorgó la facultad y la obligación de desaplicar las normas legales en cada caso concreto de su conocimiento, cuando estuvieran en contradicción con la Constitución Federal, cuestión que podía llegar a los tribunales federales y en última instancia ante la Corte Suprema Federal. Por el contrario, en los ordenamientos continentales europeos, debido a la influencia preponderante de Juan Jacobo Rousseau que otorgaba al órgano legislativo la representación de la voluntad general, se prohibió a los jueces decidir sobre la constitucionalidad de las disposiciones legislativas, y se encomendó a órganos de carácter político la solución de los conflictos constitucionales.

108. *Tercera.* En las primeras décadas del siglo XX, por influencia del pensamiento del ilustre fundador de la Escuela de Viena, Hans Kelsen, se otorgó también valor jurídico al principio de supremacía constitucional en los ordenamientos constitucionales de Europa continental, al crearse en la Constitución austriaca de 1920, inspirada y promovida por el propio Kelsen, la Corte Constitucional como un organismo jurisdiccional especializado en la solución de los conflictos surgidos con motivo de la aplicación de las normas fundamentales. En esa época, el ejemplo austriaco fue seguido por la Constitución de Checoslovaquia del mismo año, aun cuando su promulgación antecedió a su modelo, y posteriormente por la carta republicana española de 1931, que introdujo al Tribunal de Garantías Constitucionales. Al terminar la Segunda Guerra Mundial, debido a la dolorosa experiencia de los regímenes totalitarios que la desencadenaron, el ejemplo austriaco se extendió en forma rápida en las Constituciones de la segunda posguerra en toda Europa occidental, como en Italia, República Federal de Alemania, Portugal, España y Bélgica, así como en otros ordenamientos de esa época, y a partir de 1989, cuando se inició la desincorporación de los ordenamientos de Europa oriental del modelo soviético, los mismos se aproximaron al paradigma occidental y casi todos ellos introdujeron cortes o tribunales constitucionales, y lo mismo ocurrió con la Federación rusa y otros países que formaron parte de la Unión Soviética y que ahora integran la Comunidad de Estados Independientes, así como en otros de diversas familias, sistemas o tradiciones jurídicas, como Sudáfrica y algunos países de Asia y África, por considerarse que la justicia constitucional es uno de los elementos esenciales de la democracia occidental.

109. *Cuarta.* Concomitantemente con estas transformaciones, se consolidó una institución que se inició primero en el campo del derecho administrativo, y que se ha denominado *judicialización de la política*. Durante mucho tiempo se consideró que ciertas cuestiones jurídicas vinculadas con instrumentos políticos no podían someterse al examen de los órganos jurisdiccionales, por corresponder al ámbito discrecional de los órganos del poder político, y se calificaron como *cuestiones políticas*. Pero de manera paulatina se fue abandonando este criterio tradicional y se inició una evolución cada vez más dinámica para someter dichas cuestiones a la jurisdicción, siempre que las mismas estuvieran reguladas jurídicamente, y fue precisamente la justicia constitucional uno de los aspectos esenciales de este desarrollo, ya que a través de la misma se someten al examen de jueces y tribunales los actos, resoluciones y normas generales cuando los mismos están regulados por normas de carácter constitucional.

110. *Quinta.* La judicialización de las cuestiones políticas ha continuado su evolución y ha permeado otras instituciones anteriormente inmunes a la jurisdicción, como las declaraciones y actos derivados de las declaraciones de excepción e inclusive las que se consideraron como esencialmente políticas, y por tanto no judiciales, como son las relativas al derecho electoral, que en términos generales se someten a los tribunales, algunos de ellos especializados, que es la tendencia predominante, o bien con intervención de los jueces ordinarios en ciertos aspectos, e inclusive algunos sectores del derecho electoral, al menos los de última instancia se someten al conocimiento judicial.

111. *Sexta.* Finalmente podemos afirmar que un sector importante de los actuales tribunales, cortes o salas constitucionales, o bien de los tribunales o cortes supremos cuya función esencial es la de la justicia constitucional, se han transformado, al menos de manera predominante, en la última instancia de la tutela jurídica de los *derechos humanos*, especialmente en cuanto conocen en definitiva de los instrumentos procesales de protección de los derechos fundamentales, tales como el hábeas corpus; el *derecho de amparo* entendido en sentido amplio, es decir no exclusivamente el que se conoce con ese nombre, sino varios mecanismos similares que pueden ser abarcados en su concepto, así como la impugnación de las normas generales, cuando se considera que las mismas infringen los citados derechos, dentro de los cuales se abarcan no sólo los reconocidos en las normas de las cartas fundamentales, sino también los consagrados en los instrumentos internacionales de derechos humanos, que en su mayor parte han sido incorporados al ambi-

to interno y por lo tanto deben considerarse como *derechos humanos nacionales de fuente internacional*.

112. *Séptima*. Finalmente, debemos señalar que entre el control de la constitucionalidad y el régimen democrático existe una vinculación recíproca e inseparable, pues si bien la justicia constitucional es supuesto de la democracia contemporánea en cuanto tiene por objeto garantizar el cumplimiento de la Constitución considerada como el fundamento de todo el ordenamiento jurídico, a su vez, el régimen democrático es un presupuesto indispensable para el funcionamiento eficaz de los instrumentos de control constitucional, los que no pueden aplicarse en ausencia de un régimen pluralista, de respeto a las minorías, con equilibrio y colaboración entre los órganos del poder, sin una seguridad social básica y sin el respeto de los derechos fundamentales. Justicia constitucional y régimen democrático se complementan, se perfeccionan y se enriquecen de manera recíproca.

113. *Octava*. Debe tomarse en consideración que en las últimas décadas y con motivo de la evolución del derecho internacional con posterioridad a la terminación de la Segunda Guerra Mundial y la fundación a la Organización de las Naciones Unidas, en cuya carta constitutiva de 1945, se introdujo una preocupación muy intensa sobre la protección y respecto de los derechos humanos, los que habían sido infringidos masivamente durante la contienda, en particular por los regímenes totalitarios, y por ello se inició una evolución muy dinámica para establecer organismos e instrumentos para desarrollar la tutela de los derechos fundamentales. Además, es preciso destacar que se produjo una transformación esencial en el derecho internacional de la segunda posguerra, en cuanto por primera vez las personas y los grupos son reconocidos como sujetos de derecho internacional, situación que se admitía únicamente con anterioridad para los Estados soberanos. Además de varios organismos situados en la esfera de las Naciones Unidas, entre ellos algunos de carácter jurisdiccional (como la Corte Internacional de Justicia y la Corte Penal Internacional), se introdujeron organismos regionales, el europeo, el interamericano y el africano, con sus respectivos tribunales transnacionales para la protección de los derechos humanos. Existen actualmente dos conceptos internacionalmente aceptados de derechos humanos, uno estricto que se refiere a los reconocidos como tales en los tratados y en el derecho internacional general de los derechos humanos, establece una noción más amplia en la cual quedan comprendidos, además de los espe-

cíficos, el *derecho humanitario*, es decir, el establecido en los diversos tratados de Ginebra sobre los derechos de los participantes en los conflictos bélicos internacionales e internos, y además el llamado *derecho de los refugiados*, los que han aumentado considerablemente en los últimos años debido a frecuentes conflictos en diversas partes del mundo.

114. *Novena*. El desarrollo creciente y dinámico del derecho internacional, particularmente el convencional y en especial en el campo de los derechos humanos, ha influido de manera creciente en las Constituciones contemporáneas y por ello, también en las funciones de los organismos jurisdiccionales especializados en la solución de los conflictos constitucionales, si se toma en consideración que una de sus atribuciones de mayor trascendencia es precisamente la protección de los derechos fundamentales establecidos en las cartas fundamentales nacionales. Esta trascendencia del derecho internacional en las leyes supremas internas se revela como evidente en cuanto numerosos derechos establecidos en los tratados internacionales han sido incorporados y continúa esta penetración, cuando los Estados ratifican y aprueban dichos documentos. De esta manera, estos derechos se transforman en *derechos nacionales de fuente internacional* y deben ser aplicados por los tribunales, cortes y salas constitucionales como derechos internos. Por todo ello, existe una influencia recíproca entre los organismos de control constitucional nacional y los organismos y tribunales internacionales, pues ambos deben aplicar estos mismos derechos de los tratados, es decir, de fuente internacional en sus respectivas esferas, y por este motivo la jurisprudencia de dichos organismos internacionales se toma en cuenta de manera creciente por los tribunales constitucionales internos y los de carácter internacional también deben tomar en consideración las decisiones de dichos organismos constitucionales internos.

cíficos, el *derecho humanitario*, es decir, el establecido en los diversos tratados de Ginebra sobre los derechos de los participantes en los conflictos bélicos internacionales e internos, y además el llamado *derecho de los refugiados*, los que han aumentado considerablemente en los últimos años debido a frecuentes conflictos en diversas partes del mundo.

114. *Novena*. El desarrollo creciente y dinámico del derecho internacional, particularmente el convencional y en especial en el campo de los derechos humanos, ha influido de manera creciente en las Constituciones contemporáneas y por ello, también en las funciones de los organismos jurisdiccionales especializados en la solución de los conflictos constitucionales, si se toma en consideración que una de sus atribuciones de mayor trascendencia es precisamente la protección de los derechos fundamentales establecidos en las cartas fundamentales nacionales. Esta trascendencia del derecho internacional en las leyes supremas internas se revela como evidente en cuanto numerosos derechos establecidos en los tratados internacionales han sido incorporados y continúa esta penetración, cuando los Estados ratifican y aprueban dichos documentos. De esta manera, estos derechos se transforman en *derechos nacionales de fuente internacional* y deben ser aplicados por los tribunales, cortes y salas constitucionales como derechos internos. Por todo ello, existe una influencia recíproca entre los organismos de control constitucional nacional y los organismos y tribunales internacionales, pues ambos deben aplicar estos mismos derechos de los tratados, es decir, de fuente internacional en sus respectivas esferas, y por este motivo la jurisprudencia de dichos organismos internacionales se toma en cuenta de manera creciente por los tribunales constitucionales internos y los de carácter internacional también deben tomar en consideración las decisiones de dichos organismos constitucionales internos.