

141. Por otra parte, debe también señalarse brevemente, que son varias las Constituciones de los países de Europa continental que se expidieron en esta segunda posguerra, que han reconocido expresamente la superioridad, así sea parcial, del derecho internacional sobre el interno, y no sólo el de carácter convencional, sino también el consuetudinario (*ius cogens*), a través de la aplicabilidad inmediata de las normas de derecho internacional generalmente reconocidas, que se inició en el artículo 4º de la Constitución de la República Alemana de Weimar de 11 de agosto de 1919, y que se ha desarrollado con mayor fuerza después de la Segunda Guerra Mundial, como lo demuestran los artículos 10 de la Constitución italiana de 1948; 25 de la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania de 1949, y 8º de la Carta portuguesa de 1976, reformada en 1982.¹³⁸

142. Esta evolución se advierte con mayor claridad en los derechos fundamentales de la persona humana, en virtud de que por una parte son varios los ordenamientos constitucionales europeos que establecen que la interpretación de las normas constitucionales internas relativas a los derechos humanos debe hacerse de acuerdo con la Declaración de 1948 y los tratados y acuerdos internacionales sobre esta materia ratificados por los gobiernos respectivos, y entre estos preceptos desta-

nelle”, en la obra citada en la nota anterior, pp. 483-486; *id.*, “Apunti per una fenomenologia della giustizia nel XX secolo”, en *Studi in onore di Enrico Tullio Liebman*, Milano, Giuffrè, 1979, vol. I, pp. 153-210.

¹³⁸ El citado artículo 4º de la Constitución alemana de Weimar, disponía: “(*Derecho internacional*). Las reglas del derecho internacional que sean generalmente reconocidas obligan como si formaran parte integrante del derecho alemán del Reich”. El artículo 10 de la Constitución italiana de 1948, establece en su parte relativa: “La organización jurídica italiana acepta las normas de derecho internacional generalmente reconocidas...”. A su vez el artículo 25 de la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania, preceptúa: “Las normas generales del derecho internacional público son parte integrante del derecho federal. Estas normas tienen primacía sobre las leyes y constituyen fuentes directas de derechos y obligaciones para los habitantes del territorio federal. A su vez, el artículo 8º de la Constitución portuguesa de 1976, reformada en 1982, determina: “(*Derecho internacional*). 1. Las normas y los principios de derecho internacional o común forman parte integrante del derecho portugués. 2. Las normas contenidas en las convenciones internacionales regularmente ratificadas o aprobadas tienen vigencia en el orden interno con posterioridad a su publicación oficial y en cuanto obliguen internacionalmente al Estado portugués. 3. Las normas emanadas de los órganos competentes de las organizaciones internacionales de las que forme parte Portugal tienen eficacia directa en el orden interno en cuanto tal efecto se encuentre expresamente establecido en los respectivos tratados constitutivos”. *Cfr.* La Pergola, Antonio, *Constitución del Estado y normas internacionales*, trad. de José Luis Cascajo y Jorge Rodríguez Zapata Pérez, México, UNAM, 1985; Stern, Klaus, *Derecho del Estado de la República Federal Alemana*, trad. de Javier Pérez Rojo y Pedro Cruz Villalón, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1987, pp. 797-909.

can los artículos 16 de la Carta portuguesa de 1976-1982 y el 10, inciso 2, de la Constitución española de 1978.¹³⁹

143. En segundo lugar, en este campo de los derechos humanos se advierte la tendencia hacia el reconocimiento de la superioridad del derecho internacional, al establecerse los organismos judiciales para resolver los conflictos entre los Estados o entre los particulares y sus gobiernos sobre la violación de los derechos y libertades fundamentales establecidos en el Convenio suscrito en Roma el 4 de noviembre de 1950 y sus protocolos adicionales. Dichos organismos son: la *Comisión* y la *Corte Europeas de los Derechos Humanos*, con sede en Estrasburgo, y que tienen varios años realizando una fructífera labor y han creado una jurisprudencia muy sólida para otorgar efectividad a los citados derechos reconocidos por dicha Convención, en el ámbito interno de los Estados miembros.¹⁴⁰

144. No pretendemos examinar, así fuera de manera superficial, esta materia en el ámbito europeo, sino que tenemos únicamente el propósito de destacar sus principales lineamientos, los que han tenido influencia en época reciente en las legislaciones latinoamericanas, pero en combinación con la revisión judicial angloamericana, para configurar lo que podemos calificar como una *jurisdicción constitucional transnacional latinoamericana*.¹⁴¹

145. Así, podemos señalar que en una primera etapa, el problema de las relaciones entre los tratados internacionales y el ordenamiento constitucional interno, se resolvió de acuerdo con las reglas de la revi-

¹³⁹ El artículo 16 de la Constitución portuguesa, en su texto vigente, establece: "(*Ámbito y sentido de los derechos fundamentales*) 1. Los derechos fundamentales consagrados en la Constitución no excluyen cualesquiera otros establecidos por las leyes y por las reglas aplicables del derecho internacional. 2. Los preceptos constitucionales y legales relativos a los derechos fundamentales deben ser interpretados e integrados en armonía con la Declaración Universal de los Derechos del Hombre". A su vez, el artículo 10 de la Constitución española de 1978, dispone en su parte relativa: "...2. Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España".

¹⁴⁰ Existe una amplia bibliografía, pero entre las obras más recientes podemos mencionar los estudios monográficos de Van Dijk, P. y Van Hoof, G., *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, Deventer, Neetherland, Kluwer, 1980; Jacobs, Francis G., *The European Convention on Human Rights*, Oxford, Clarendon Press, 1975; Robertson, A. H. *Human Rights in Europe*, 2a. ed., Manchester University Press, 1977; Castberg, Frede, *The European Convention on Human Rights*, New York, Oceana, 1974; Vasak, Karel, *La Convention Européenne des Droits de l'Homme*, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1964.

¹⁴¹ Cfr. Carpizo, Jorge y Fix-Zamudio, Héctor, "Amérique Latine", *cit.*, *supra* nota 7, pp. 128-130.

sión judicial de carácter nacional, en virtud de que varios ordenamientos latinoamericanos, en particular los de carácter federal, se inspiraron en el modelo norteamericano, en cuanto la Constitución Federal de 1787 estableció en su artículo 6º que los tratados ratificados y aprobados por el Senado Federal, se incorporaban al derecho interno y formaban parte de la Ley Suprema. A este respecto, la Suprema Corte Federal otorgó a los propios tratados internacionales el carácter de normas ordinarias federales y examinó en varios casos la conformidad de las disposiciones locales en relación con las normas internacionales, y por otro lado, desaplicó las normas transnacionales contrarias a la Constitución Federal.¹⁴²

146. Este ha sido el criterio que ha predominado en la jurisprudencia de los tribunales federales en México y en Argentina, en virtud de que las cartas federales de ambos países han incorporado casi literalmente lo dispuesto por el citado artículo 6º de la Constitución de los Estados Unidos, en sus artículos 133 (que a su vez proviene del 126 de la Carta de 1857) y 31, respectivamente, ya que dicha jurisprudencia ha establecido que los tratados internacionales debidamente ratificados y aprobados por el órgano legislativo, tienen el carácter de leyes federales ordinarias internas, que prevalecen sobre las disposiciones de carácter local, pero no pueden contradecir las de la Constitución Federal.¹⁴³

147. En esta segunda posguerra, varias Constituciones latinoamericanas han establecido, así sea de manera incipiente, normas que tienden a superar el concepto clásico de la soberanía nacional, para aceptar tímidamente ciertos aspectos de la supremacía del derecho transnacional, e inclusive, las más avanzadas, la posibilidad de establecer organismos judiciales para resolver conflictos entre los ámbitos nacionales y el de carácter supranacional. Esta evolución ha sido lenta debido a que los países de nuestra región han asumido tradicional y justificadamente una actitud de desconfianza hacia la intervención de organismos internacionales, debido a la amarga experiencia de la pre-

¹⁴² Cfr. Bowie, Robert R., y Friedrich, Carl L., *Estudios sobre el federalismo*, trad. de Susana Barrancos, Buenos Aires, Bibliográfica Argentina, 1958, pp. 357-360.

¹⁴³ Cfr. Linares Quintana, Segundo V., *Tratado de derecho constitucional argentino y comparado*, 2a. ed., Buenos Aires, Plus Ultra, tomo III, 1978, pp. 548-562; Vanossi, Jorge Reinaldo A., *Teoría constitucional*, tomo II, *Supremacía y control de constitucionalidad*, Buenos Aires, Depalma, 1976, pp. 227-272; Tena Ramírez, Felipe, *Derecho constitucional mexicano*, 19a. ed., México, Porrúa, 1983, pp. 537-545; Carpizo, Jorge, "La interpretación del artículo 133 constitucional", en su libro *Estudios constitucionales*, 2a. ed., México, UNAM-La Gran Enciclopedia Mexicana, 1983, pp. 13-41.

sión de gobiernos extranjeros y de decisiones injustas a través de varios laudos internacionales.¹⁴⁴

148. A) Esta evolución se advierte con mayor claridad en dos sectores: el de la tutela de los derechos humanos y el de la integración económica, que sólo ha tenido resultados en los países andinos. En efecto, por lo que se refiere a la protección de los derechos fundamentales, en el ámbito no sólo latinoamericano sino del Continente (es decir, incluyendo a los Estados Unidos y varios países del Caribe), se ha seguido con modificaciones importantes el modelo europeo de creación de organismos judiciales internacionales y las de otros Estados, o de los particulares y grupos no gubernamentales, sobre la aplicación de las disposiciones relativas a los derechos humanos consagrados tanto en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, aprobada en Bogotá en mayo de 1948, como en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, suscrita en San José, Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969.¹⁴⁵

149. De acuerdo con estos ordenamientos, que se apoyan en la Organización de los Estados Americanos, cuya Carta fue aprobada en Bogotá en 1948 y modificada esencialmente en Buenos Aires en 1967, se han establecido, como hemos dicho, según el ejemplo europeo, dos organismos: la *Comisión* y la *Corte Interamericanas de los Derechos Humanos*. La primera fue creada en 1959 (su primer Estatuto fue aprobado el 25 de mayo de 1960) y reorganizada de acuerdo con los artículos 34 a 41 de la Convención Interamericana (su nuevo Estatuto fue aprobado en octubre de 1979), la que paulatinamente ha ampliado sus funciones para convertirse de un órgano exclusivamente de promo-

¹⁴⁴ Cfr. Sepúlveda, César, *Derecho internacional*, 14a. ed. México, Porrúa, 1984, pp. 389-397; *id.*, *Las fuentes del derecho internacional americano*, México, Porrúa, 1975.

¹⁴⁵ Sobre esta materia también existe una amplia bibliografía, pero nos limitamos a señalar algunas obras monográficas que consideramos significativas: Uribe Vargas, Diego, *Los derechos humanos y el sistema interamericano*, Madrid, Ediciones Cultura Hispánica, 1972; Secretaría General de la OEA, *La Organización de los Estados Americanos y los derechos humanos: 1960-1967. The Organization of American States and Human Rights*, y *La Convención Americana sobre Derechos Humanos*, Washington, 1972 y 1980, respectivamente; Gros Espiell, Héctor, "Le système interaméricain comme régime régional de protection internationale des droits de l'homme", en *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, La Haya, tomo 151, 1976, pp. 498 y ss.; "Symposium: The American Convention on Human Rights", en *American University Law Review*, Washington, 1980, pp. 1-187; Buergenthal, Thomas; Norris, Robert y Shelton, Dinah, *Protecting Human Rights in the Americas, Selected Problems*, 2a. ed., Kehl-Strasbourg-Arlington, N. P. Engel Publisher, 1986; Buergenthal, Thomas y Norris, Robert E., *The Interamerican System*, New York, Oceana, 1982-1985, 3 vols.; Sepúlveda, César. *El sistema interamericano; mudanza y transición*, Valladolid, Universidad, 1973.

ción, en uno de defensa, muy vigorosa, de los derechos humanos, en especial en América Latina, a través de la investigación de las violaciones de los derechos humanos que le son denunciadas por los Estados, pero específicamente por los particulares y los grupos no gubernamentales, estos últimos con acceso directo. Dicha Comisión puede adoptar recomendaciones o bien, como ocurre en el sistema europeo, someter el caso ante la Corte Interamericana, cuando el Estado al cual se atribuyen las violaciones no toma las medidas necesarias para repararlas, convirtiendo el asunto en contencioso. La ventaja de la Comisión Interamericana sobre la europea, es que no requiere la aceptación específica de su competencia por los Estados que pueden ser acusados y que abarca no sólo aquellos que son signatarios de la Convención de San José (en vigor el 18 de julio de 1978 y ratificado por 22 Estados americanos, pero no por los Estados Unidos), sino a todos los que forman parte de la Organización de Estados Americanos.¹⁴⁶

150. Por lo que se refiere a la Corte Interamericana, su creación es más reciente, puesto que se reguló por los artículos 52 a 69 de la Convención de San José. Su estatuto fue aprobado por la Asamblea General de la OEA en octubre de 1979, y el Reglamento en agosto de 1980. La citada Corte inició sus funciones en San José, Costa Rica el 3 de septiembre de 1979. Posee funciones consultivas muy amplias y jurisdicción contenciosa.¹⁴⁷ Hasta la fecha sus actividades se han desarrollado esencialmente en el campo de su competencia consultiva, mucho más amplia que la de la Corte Europea, puesto que ha resuelto nueve consultas de gran trascendencia,¹⁴⁸ y sólo hasta muy reciente-

¹⁴⁶ Cfr. Entre otros, Vasak, Karel, *La Commission Interamericaine des Droits de l'Homme*, Paris, Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, 1968; Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *25 años luchando por los derechos humanos en América*, Washington, 1984; Volio, Fernando, "La Comisión Interamericana de Derechos Humanos", en *La Convención Americana, cit.*, nota anterior, pp. 80 y ss.; McCarthy, Thomas, *The Interamerican Commission on Human Rights. Cases and Materials*, Strasbourg, International Institute of Human Rights, 1978; Sepúlveda, César, "The Interamerican Commission on Human Rights, 1960-1981", *Israel Yearbook on Human Rights*, 1982, pp. 147-162.

¹⁴⁷ Actualmente sólo diez Estados han aceptado la competencia contenciosa de la Corte Interamericana: Argentina (1984); Colombia (1985); Costa Rica (1980), Ecuador (1984); Guatemala (1987); Honduras (1981); Perú (1981); Suriname (1987); Uruguay (1985) y Venezuela (1981).

¹⁴⁸ Cfr. Instituto Interamericano de Derechos Humanos, *La Corte Interamericana de Derechos Humanos. Estudios y documentos*, San José, Costa Rica, 1986; Bucrgenthal, Thomas, "The Advisory Practice of the Inter-American Human Rights Court", en *The American Journal of International Law*, enero de 1985, pp. 1-27; Kokott, Juliane, "Der Interamerikanische Gerichtshof für Menschenrechte und seine bisherige Praxis", en *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, 1984, pp. 806-839; Lockwood B. B., "Advisory Opinions of the Inter-

mente en abril de 1986, la Comisión le ha sometido los primeros casos contenciosos, el primero de los cuales fue resuelto el 29 de julio de 1988. En la sentencia respectiva, la Corte Interamericana condenó al Estado de Honduras al pago de una justa indemnización compensatoria a los familiares del estudiante universitario Ángel Manfredo Velásquez Rodríguez, quien fue secuestrado en septiembre de 1981 por policías y militares, y hasta la fecha se ignora su paradero.

151. En este campo de los derechos humanos, las Constituciones latinoamericanas han establecido disposiciones que consagran la posibilidad de esta jurisdicción transnacional, y entre ellas podemos citar los artículos 3º de Ecuador (1978) y 4º de la de Panamá (1972-1983), que reconocen y acatan las normas y principios del derecho internacional; 18 de la Carta de Honduras (1982) y 144 de la de El Salvador (1983), las que disponen que en caso de conflicto entre un tratado internacional y la ley ordinaria interna, prevalecerá el tratado (pero no respecto de la Constitución). En esta materia es de mayor trascendencia lo establecido por los artículos 46 de la Constitución de Guatemala de 1985, que consagra, como principio general en materia de derechos humanos, que los tratados y convenciones aceptados y ratificados por ese país tienen preeminencia sobre el derecho interno; y con más fuerza el 105 de la Ley Fundamental del Perú de 1979, de acuerdo con el cual, los preceptos contenidos en los tratados relativos a los derechos humanos tienen *jerarquía constitucional* y no pueden ser modificados sino por el procedimiento que rige la reforma de la Constitución.

152. El precepto que debe destacarse por su expreso reconocimiento de la jurisdicción supranacional, es el artículo 305 de la Constitución del Perú, de acuerdo con el cual:

Agotada la jurisdicción interna (es decir, en última instancia, la del Tribunal de Garantías Constitucionales), *quien se considera lesionado en los derechos que la Constitución reconoce, puede recurrir a los tribunales u organismos internacionales constituidos según tratados de los que es parte el Perú.*

Este precepto está reglamentado por los artículos 39 a 41 de la Ley de *Habeas Corpus* y Amparo, de 7 de diciembre de 1982, en los cua-

American Court of Human Rights", en *Denver Journal of International Law and Policy*, otoño de 1984-invierno de 1985, pp. 245-267; Nieto Navia, Rafael, *Introducción al sistema interamericano de protección de los derechos humanos*, Bogotá, Instituto Interamericano de Derechos Humanos-Pontificia Universidad Javeriana, 1988, pp. 111-171; Ventura, Manuel E., "Costa Rica and the Inter-American Court of Human Rights", en *Human Rights Law Journal*, 1983, pp. 273-281.

les se dispone que, en cuanto a estos instrumentos, los organismos jurisdiccionales internacionales a los que puede recurrir el afectado en sus derechos constitucionales después de agotar las defensas internas, son el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, la Comisión Interamericana de los Derechos Humanos y aquellos otros que se constituyan en el futuro y sean aprobados por tratados que obliguen al Perú¹⁴⁹ Además se establece que la resolución del organismo internacional respectivo no requiere para su validez y eficacia de reconocimiento, revisión ni examen previo alguno.¹⁵⁰

153. Contrariamente a lo que ha ocurrido en Europa, los ensayos que se han realizado en América Latina para lograr su integración económica no han tenido éxito sino en forma muy restringida, ya que han fracasado los intentos de integración centroamericana, representados por el Tratado General de 13 de diciembre de 1960, y el más ambicioso de toda la región, es decir la Asociación Latinoamericana de Libre Comercio (ALALC), que tuvo su origen en el Tratado de Montevideo de 18 de febrero de 1960, debido a la situación permanente de inestabilidad, tanto política como económica, que impidió su desarrollo. Posteriormente, la ALALC fue transformada en la Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI), mediante un nuevo tratado, también redactado en la ciudad de Montevideo, el 12 de agosto de 1980 al que, por disposición expresa de su artículo 63, se le denomina Tratado de Montevideo de 1980.¹⁵¹

154. Por el contrario, los propósitos de integración de varios países andinos han alcanzado un resultado razonable, aun cuando todavía modesto, a través del Pacto Andino, que se formalizó por el tratado multilateral suscrito en la ciudad de Cartagena, Colombia, el 26 de mayo de 1966, por ello llamado también "Acuerdo de Cartagena", y

¹⁴⁹ El artículo 39 del ordenamiento mencionado no hace referencia expresa a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, no obstante que Perú reconoció la competencia obligatoria de dicho Tribunal desde el año de 1981, es decir, con anterioridad a la promulgación de la propia ley reglamentaria. Pero la propia Corte debe considerarse comprendida en dicho precepto como uno de los organismos a que se refiere este precepto, puesto que se hace mención a aquellos que estén comprendidos en tratados que obliguen a dicho país, y este es el caso de la Corte, en cuanto dicho Estado ratificó la Convención Americana desde el 23 de julio de 1978, y como se ha dicho, con posterioridad se sometió a la jurisdicción de la propia Corte.

¹⁵⁰ Cfr. Borea Odria, Alberto, *El amparo y el habeas corpus*, pp. 293-300; Zubia Reina, Fernando, *Acción de amparo*, pp. 108-119, ambos trabajos citados *supra* nota 59.

¹⁵¹ Cfr. Fix-Zamudio, Héctor y Cuadra, Héctor "Problemas actuales de armonización y unificación de los derechos nacionales en América Latina", en *Anuario Jurídico*, México, I, 1974, pp. 93-158; Witker V., Jorge, *La Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI)*, México, Editorial Guma, 1981, pp. 35 y ss.

que fue ratificado inicialmente por Bolivia, Colombia, Chile, Ecuador y Perú, y al cual se adhirió posteriormente Venezuela, pero se desincorporó Chile, de manera que está formado por cinco países.

155. La evolución de este proceso de integración, desarrollado por dos organismos de gobierno, la Comisión y la Junta, condujo a la necesidad, siguiendo en cierto aspecto el modelo europeo de establecer un organismo judicial para lograr la aplicación efectiva de las normas comunitarias de carácter andino. Este es el *Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena* creado por el tratado suscrito por los cinco países integrantes del Pacto, el 28 de mayo de 1979. El Estatuto de dicho Tribunal fue aprobado en la ciudad de Quito, en la cual reside, el 19 de agosto de 1983, y su Reglamento Interno fue expedido por el mismo tribunal el 9 de mayo de 1984, ya que inició sus funciones el primero de enero de este último año. Se integra por cinco magistrados, quienes, según el artículo 7º del Tratado de creación, deberán ser nacionales de origen de los países miembros, gozar de alta consideración moral y reunir las condiciones requeridas en su país para el ejercicio de las más altas funciones judiciales o ser jurisconsultos de notoria competencia. De acuerdo con el artículo 9º del mismo Tratado, los magistrados son designados para un periodo de seis años, se renuevan parcialmente cada tres y podrán ser reelegidos por una sola vez.

156. El citado Tribunal tiene como funciones esenciales las de declarar el derecho comunitario, dirimir las controversias que surjan del mismo e interpretarlo uniformemente, pero en virtud de la naturaleza incipiente de la integración andina, sus atribuciones concretas son bastante reducidas, puesto que sólo conoce de dos medios de impugnación: las acciones de nulidad y del incumplimiento y además de un procedimiento de interpretación prejudicial. La primera puede ser intentada por los países miembros y de las personas físicas o colectivas afectados contra las decisiones de la Comisión y de las resoluciones de la Junta, dictadas con violación de las normas que conforman el ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena (artículos 17-22 del Estatuto). La acción del incumplimiento puede ser promovida por la Junta, después de un procedimiento previo con audiencia del país miembro al cual se le imputa dicho incumplimiento y la formulación de un dictamen por la propia Junta; en el supuesto de que dicha Junta no promueva dicha impugnación en un plazo determinado o formule un dictamen desfavorable, el país demandante podrá acudir directamente al Tribunal (artículos 23-27 del Estatuto). Finalmente, la interpretación judicial puede solicitarse por los jueces o tribunales nacionales cuando en un proceso concreto deban aplicar alguna de las normas de carácter co-

munitario, y la decisión del Tribunal es obligatoria para el juez que conoce del proceso, con el fin de asegurar la aplicación uniforme de las propias normas comunitarias en el territorio de los países miembros (artículos 28 a 31 del Estatuto).

157. Si bien la actividad del citado Tribunal ha sido muy limitada hasta la fecha y sus atribuciones bastante restringidas, como lo hace notar el tratadista colombiano Luis Carlos Sábica, quien fuera el primer presidente del citado Tribunal del Acuerdo de Cartagena, esta situación puede modificarse con la evolución favorable del procedimiento de integración económica, pues el organismo judicial andino se encuentra todavía muy lejano de la importante función del modelo, constituido por el Tribunal de Luxemburgo. Sin embargo, las disposiciones constitucionales de varios de los ordenamientos de los países miembros, al reconocer las limitaciones a la idea clásica de la soberanía que ha predominado en América Latina, en beneficio de la integración, propician la evolución de la revisión judicial comunitaria.¹⁵²

VIII. LOS GRANDES PROBLEMAS CONTEMPORÁNEOS

A) *Las cuestiones políticas*

158. Hasta aquí hemos realizado un examen superficial de los instrumentos jurídicos, predominantemente procesales, sobre el control constitucional en América Latina, pero es preciso, para tener una visión más cercana a la realidad político constitucional de la región, realizar un examen, también forzosamente superficial, de las cuestiones que han afectado el desarrollo de dichos instrumentos y establecer de manera aproximada su efectividad.

159. El primer obstáculo que impide la evolución de la justicia constitucional latinoamericana se debe a la desorbitada extensión que se le ha dado al concepto de las llamadas “cuestiones políticas no justiciables”, que han otorgado a los titulares de los poderes públicos un margen de atribuciones discrecionales que llegan a la arbitrariedad.

160. No resulta sencillo alcanzar una idea siquiera aproximada de lo que debe considerarse por “acto político” pues a esta frase se le han dado los significados más disímbolos, pero al menos podemos partir de la base de que se trata de facultades que las leyes fundamentales atribuyen tanto al Legislativo, pero particularmente al Ejecutivo, para que puedan ejercerlas dentro de un amplio margen de

¹⁵² *Introducción al derecho comunitario andino*, Quito, Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, 1985, esp. pp 119-184.

discrecionalidad en cuanto a su oportunidad, justicia, motivos y conveniencia.¹⁵³

161. No es posible suprimir totalmente la categoría de cuestiones no judiciales, en cuanto existen facultades de los órganos del poder que no pueden cuestionarse, como son las relativas a las relaciones exteriores, algunas decisiones económicas y las relativas a la seguridad nacional siempre que este último concepto no se utilice con la extensión exagerada que se le otorgó en los regímenes militares sudamericanos), pero se observa una tendencia para reducir dichas atribuciones a sus límites estrictos y tenemos la convicción de que el primer paso lo dio desde hace bastantes años el Consejo de Estado francés, en cuanto estableció el concepto del *desvío de poder* como instrumento de revisión judicial de los actos públicos de carácter discrecional, que es el género al cual pertenecen los que se han calificado como políticos, y que permite el examen de este tipo de facultades para determinar si su ejercicio se ajustó a la finalidad o a los motivos legales que determinaron su establecimiento.¹⁵⁴

162. En esta materia ha existido un largo camino que la doctrina ha calificado como “lucha contra las inmunidades del poder” que ha reducido de manera paulatina la esfera de las cuestiones no judiciales.¹⁵⁵ Uno de los ejemplos que podemos mencionar por su vincula-

¹⁵³ Sin embargo, no existe precisión sobre la naturaleza jurídica de esta clase de actos, y un autor clásico como Gastón Jèze, opinó que: “Los actos llamados de gobierno no tienen una naturaleza especial. No hay, pues, razón jurídica para poner en jaque el sistema general del control jurisdiccional”, *Principios generales del derecho administrativo*, trad. de Julio N. San Millán Almagro, Buenos Aires, Depalma, 1948, tomo I, p. 414; Debbasch, Charles *Contentieux administratif*, 2a. ed., Paris, Dalloz, 1978, pp. 62-70.

¹⁵⁴ Sobre la evolución de la jurisprudencia del Consejo de Estado francés existe una bibliografía muy amplia, por lo que nos limitaremos a mencionar algunos trabajos recientes que consideramos significativos: Auby, Jean Marie y Drago, Roland, *Traité de contentieux administratif*, 2a. ed., Paris, Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, 1975, Delcros Xavier y Wolf, Didier, *Le contentieux administratif*, en la serie *La Documentation Française*, Paris, febrero de 1976; Debbasch, Charles, *op. ult. cit.*; Auby, Jean Marie y Fromont, Michel, *Les recours contre les actes administratifs dans les pays de la Communauté Européenne, Allemagne, France, Italie, Luxembourg, Pays Bas*, Paris, Dalloz, 1971, pp. 155-176; Fromont Michel, “La protection juridictionnelle du particulier contre le pouvoir executif en France”, en la obra *Gerichtsschutz gegen die Executive*, Köln-Berlin-Bonn-München, Dobbs Ferry-New York, Heymann-Oceana, 1969, tomo I, pp. 221-246; Vedel, George, “Francia”, en el volumen colectivo editado por Aldo Piras, *Il controllo giurisdizionale dell pubblica amministrazione*, Torino, UTET, 1971, pp. 83-198; Remington, Michael J., “The Tribunaux Administratif, Protectors of the French Citizens”, en *Tulane Law Review*, diciembre de 1976, pp. 34-93.

¹⁵⁵ Cfr. el excelente libro de García de Enterría, Eduardo, *La lucha contra las inmunidades del poder*, 2a. ed., Madrid, Civitas, 1979.

ción con la revisión judicial de los ordenamientos latinoamericanos (ver *supra* párrafos 76-89) es el relativo a las transformaciones operadas en la jurisprudencia de la Suprema Corte Federal de los Estados Unidos, en la cual había predominado la exclusión en el conocimiento de las llamadas “cuestiones políticas” (*Political Questions*),¹⁵⁶ pero que se modificó sustancialmente en la sexta década de este siglo, en cuanto la misma Corte Norteamericana ha resuelto controversias que tradicionalmente se estimaban dentro de esta materia, incluyendo problemas relativos al régimen electoral de las entidades federativas, que se inició en el año de 1962, con la resolución pronunciada en el caso *Baker versus Carr*.¹⁵⁷

163. En el ámbito latinoamericano los tribunales han sido mucho menos audaces y en términos generales, se han mantenido dentro del esquema clásico de los actos políticos “no judiciales”, actitud que ha sido favorecida, cuando no provocada por los órganos de gobierno y particularmente por el ejecutivo, para impedir la intervención judicial respecto de algunos actos que han sido calificados como “actos de gobierno”.

164. Sin embargo, algún intento se ha hecho para precisar los límites del carácter político de los actos de gobierno a través del principio de *razonabilidad*, que esencialmente ha sido sostenido por la Suprema Corte argentina,¹⁵⁸ y que también se ha empleado para la impugnación de las actividades realizadas durante los estados de excepción (ver *infra* párrafos 172-176). Por otra parte, en algunos ordenamientos de nuestra región se han establecido tribunales electorales a través de los cuales se determinan los límites jurídicos de una de las materias que tradicionalmente se han considerado como “políticas” por excelencia.¹⁵⁹

¹⁵⁶ Entre otros, Loewenstein, Karl, “La función política del Tribunal Supremo de los Estados Unidos”, en *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, enero-febrero de 1964, pp. 5-39.

¹⁵⁷ Cfr. entre otros, Goldman, Sheldon, *Constitutional Law, Cases and Essays*, New York, Harper & Row, 1987, p. 210-213.

¹⁵⁸ Cfr. Boffi Boggero, Luis, “La justiciabilidad de las llamadas cuestiones políticas y contribución al retorno integral a la República”, en *Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, 29 de octubre de 1983, pp. 1-6.

¹⁵⁹ Un ejemplo del sistema de tribunales electorales es el implantado por el Código Electoral de 1932 y por la Constitución federal brasileña de 1934, el cual se conserva en lo esencial en la Carta vigente de 1967-1969, en sus artículos 130-140. Cfr. Pinto Ferreira, Luiz, *Princípios gerais do direito constitucional moderno*, 5a. ed., São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1971, tomo I, pp. 354-355; Jacques, Paulino, *Curso di direito constitucional*, cit. *supra* nota 94, pp. 355-360; Silva, José Afonso da, *Curso di direito constitucional positivo*, 2a. ed., São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1984, pp. 119-121. Centro de Asesoría y Promoción Electoral-Ins-

165. Por este motivo, entre las conclusiones que se adoptaron en el Primer Congreso Latinoamericano de Derecho Constitucional, que se efectuó en la ciudad de México durante los días 27 a 30 de agosto de 1975, se aprobó la siguiente:

La función jurisdiccional de los tribunales latinoamericanos, especialmente las Cortes Supremas y el ejercicio de la función de justicia constitucional, sólo podrá lograr efectividad, así sea limitada, cuando se superen los obstáculos hasta ahora insalvables de *la interpretación desorbitada de los actos políticos y de gobierno*, así como las constantes declaraciones de emergencia y la promulgación de estatutos calificados con razón o sin ella de “revolucionarios” y para ello podrán utilizarse los instrumentos de “razonabilidad” que ha sostenido valientemente la Suprema Corte argentina, y en lo que resulte aplicable el *recurso de “desvío de poder”* creado por la jurisprudencia del Consejo de Estado francés, para determinar los límites de las facultades discrecionales del ejecutivo.¹⁶⁰

B) *Los estados de emergencia*

166. El problema del control judicial de la legislación y de los actos concretos durante las llamadas situaciones de emergencia o estados de excepción, es uno de los más complicados en el ámbito latinoamericano, debido a que, por una parte han sido frecuentes las declaraciones de este tipo de situaciones, y en ocasiones, no obstante su esencial carácter de temporalidad, se han convertido en permanentes, lo que agrava de manera considerable la situación de los gobernados, puesto que los tribunales de nuestra región se han mostrado renuentes a conocer de las controversias que se plantean durante los estados de excepción, puesto que tradicionalmente se han considerado como no judiciales, como el grado máximo de la categoría de los “actos políticos” (ver *supra* párrafo 159).¹⁶¹

167. El problema se complica en cuanto, como lo ha hecho notar el destacado tratadista uruguayo Héctor Gross Espiell, existen dos sectores en los estados de emergencia o de excepción, que también se han calificado como de suspensión de garantías, estado de sitio, medi-

tituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, *Legislación electoral comparada. Colombia, México, Panamá, Venezuela y Centroamérica*, San José, Costa Rica, 1986; Sánchez Bríngas, Enrique, “Contencioso electoral”, en la obra colectiva, *La renovación política y el sistema electoral mexicano*, México, Porrúa, 1987, pp. 243-259.

¹⁶⁰ En el libro colectivo, *Función del poder judicial en los sistemas constitucionales latinoamericanos*, México, UNAM, 1977, pp. 201-202.

¹⁶¹ Cfr. Fix-Zamudio, Héctor, “Función del poder judicial en los sistemas constitucionales latinoamericanos”, en el libro mencionado en la nota anterior, pp. 39-43.

das prontas de seguridad, etcétera; una que puede considerarse “patológica” puesto que su propósito no es la conservación del régimen democrático en situaciones de grave peligro o conflicto, sino de destruirlo, como ha ocurrido tratándose de los numerosos gobiernos militares que han proliferado en las últimas décadas en nuestra región, si bien en los últimos años se han restringido, al retornar varios de los países latinoamericanos al régimen constitucional, y por el otro, los estados de excepción que se han establecido de acuerdo con los procedimientos prescritos por los ordenamientos constitucionales, con el propósito de preservar el régimen democrático de gobierno.¹⁶² Este último sector, es el que se ha denominado por la doctrina como “dictadura constitucional”, en cuanto significa el otorgamiento de facultades excepcionales a los órganos de gobierno, en especial al Legislativo y de manera predominante, al Ejecutivo, para que pueda hacer frente, de manera rápida y eficaz, a las situaciones que ponen en peligro el orden constitucional.¹⁶³

168. En términos muy generales y de acuerdo con un examen panorámico de los ordenamientos latinoamericanos, podemos considerar que los instrumentos procesales que pueden estimarse tutelares de los derechos humanos de los gobernados y del ordenamiento constitucional durante los numerosos estados de excepción en el ámbito latinoamericano, tanto los declarados por los regímenes *de facto* como los de carácter constitucional, son: La acción o recurso de inconstitucionalidad, el *habeas corpus* y el amparo, a los cuales nos referimos con anterioridad (ver *supra* párrafo 23).

169. En efecto, la revisión judicial de la inconstitucionalidad de las disposiciones legislativas puede utilizarse, durante las situaciones de emergencia o de excepción, para examinar la concordancia de las medidas generales que adoptan con motivo de la declaración de los estados de excepción, incluyendo la declaración misma, aun cuando sea con limitaciones en cuanto a la apreciación de la oportunidad y finalidad políticas de las declaraciones respectivas, y en cuanto afectan la normalidad constitucional y los derechos fundamentales de los gobernados. En cuanto al *habeas corpus* y el *amparo*, pueden promoverse por los afectados para que los jueces y tribunales puedan exami-

¹⁶² “Medidas prontas de seguridad y delegación de competencias”, en *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Jurídicas*, Montevideo, 1966.

¹⁶³ Cfr. Valadés, Diego, *La dictadura constitucional en América Latina*, México, UNAM, 1974, pp. 123-154; García Belaúnde, Domingo, “Regímenes de excepción en las Constituciones latinoamericanas”, en el volumen *Normas internacionales sobre derechos humanos y derecho interno*, Lima, Comisión Andina de Juristas, 1984, pp. 4-111.

nar la constitucionalidad y la legalidad de los actos o disposiciones concretas que se toman en las citadas situaciones de emergencia, sin perjuicio de que, en ocasiones puedan comprender de manera indirecta del control de la constitucionalidad de las normas generales en las cuales se apoyan dichas medidas concretas.¹⁶⁴

170. Las Constituciones latinoamericanas no hacen referencia expresa, salvo las Constituciones brasileña y colombiana, a las cuales nos referimos con posterioridad (ver *infra* párrafos 181-182), a la procedencia de la revisión judicial respecto de las disposiciones legislativas y de los actos de autoridad emanados en las situaciones de emergencia y que afectan los derechos humanos de los gobernados, y por el contrario, algunas de ellas se refieren a la suspensión de instrumentos procesales de protección de los propios derechos, por lo que corresponde a la legislación ordinaria y con frecuencia a la que se dicta precisamente en los estados de excepción, el establecimiento de las restricciones a los procedimientos mencionados con anterioridad, especialmente el *habeas corpus* y el *amparo*, sin que existan lineamientos en las propias disposiciones constitucionales que impidan extralimitaciones del organismo Legislativo y con mayor frecuencia, del Ejecutivo, cuando este último hace uso de facultades extraordinarias para legislar, o cuando toma medidas concretas frente a situaciones de grave peligro social y político.¹⁶⁵

171. A lo anterior debemos agregar la autolimitación que se han impuesto los jueces y tribunales latinoamericanos para conocer de los instrumentos procesales mencionados durante los estados de excepción, ya que se han mostrado inseguros, vacilantes y tímidos en la defensa de su competencia para la tutela de los derechos humanos en tales situaciones.¹⁶⁶

172. Esta situación general contrasta con la jurisprudencia de los tribunales argentinos, en especial, de la Corte Suprema, los que han examinado con bastante profundidad el problema de la revisión judi-

¹⁶⁴ Cfr. Fix-Zamudio, Héctor, "La protección procesal de los derechos humanos en América Latina y las situaciones de emergencia", en *El Foro*, México, abril-junio de 1973, pp. 63-75 y 29-45.

¹⁶⁵ Cfr. Fix-Zamudio, Héctor, "The Writ of Amparo in Latin America", *cit.*, *supra* nota 47, p. 885-889; Gros Espiell, Héctor; Piza R. Rodolfo y Zovatto, Daniel, "Los estados de excepción en Latinoamérica y su incidencia en la cuestión de derechos humanos en casos de disturbios internos", en el volumen colectivo *Estados de emergencia en la región andina*, Lima, Comisión Andina de Juristas, 1987, pp. 21-56.

¹⁶⁶ Caffarena de Jiles, Elena, *El recurso de amparo frente a los regímenes de emergencia*, *cit.*, *supra* nota 35, pp. 21-30; García Belaúnde, Domingo, *El habeas corpus en Perú*, *cit.*, *supra* nota 46, capítulo XI, "Vigencia del *habeas corpus* y situaciones de excepción", pp. 136-142.

cial, particularmente en cuanto a la protección de los derechos humanos durante los periodos de emergencia, que han sido constantes y frecuentes en las últimas décadas, y si bien su actitud no ha sido uniforme, se advierte en la jurisprudencia argentina una constante evolución hacia la judiciabilidad de las disposiciones legislativas y de las medidas concretas derivadas de los estados de emergencia en cuanto se traducen en restricciones a los derechos humanos de los gobernados.¹⁶⁷

173. En forma muy resumida podemos señalar que, a través de este concepto de razonabilidad, la Suprema Corte argentina ha señalado los lineamientos a través de los cuales los tribunales pueden examinar si las disposiciones legislativas expedidas durante los estados de emergencia y su aplicación concreta, se han expedido y ejercitado dentro de los límites establecidos por la Constitución Nacional, aun cuando no puedan decidir sobre la oportunidad y discrecionalidad políticas de las propias medidas de emergencias.¹⁶⁸

174. Como ejemplo podemos destacar dos fallos que pronunciados por la citada Corte Suprema argentina, durante el último y prolongado régimen militar instaurado en 1966, y que pueden considerarse esenciales para la revisión judicial de la constitucionalidad y legalidad de las situaciones de emergencia: el resuelto el 9 de agosto de 1977 en el caso Carlos Mariano Zamorano, en el cual se confirmó la sentencia de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Federal, de abril del mismo año, y el más conocido de Jacobo Timmerman, resuelto por la Corte el 20 de julio de 1978. En estos fallos se sostuvo, con motivo de la detención de los promoventes por el órgano Ejecutivo con apoyo en facultades de emergencia, que si bien los tribunales no podían juzgar los motivos políticos de dichas facultades a través del citado concepto de razonabilidad, sí tenían competencia, de acuerdo con los artículos 23, 29 y 95 de la Constitución argentina, para decidir sobre la situación de los detenidos a disposición del poder Ejecutivo, los cuales no podían quedar librados a su suerte y al margen de todo control por parte de los jueces de la Nación, sea cual fuere el tiempo durante el cual se prolongara el arresto.¹⁶⁹

¹⁶⁷ Cfr. Linares Quintana, Segundo V., "Control judicial de los gobiernos de facto", en el volumen colectivo *Festschrift für Karl Loewenstein, cit., supra* nota 46, pp. 312-325; *id., Tratado de la ciencia de derecho constitucional, cit., supra* nota 43, tomo VI, 1980, pp. 400-406.

¹⁶⁸ Cfr. Vocos Conesa, Eduardo, "El estado de sitio en la jurisprudencia de la Corte Suprema desde 1863 hasta el 30 de junio de 1970", en *Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, primero de septiembre de 1970, pp. 57-63.

¹⁶⁹ Cfr. Linares Quintana, Segundo V., *Tratado, cit., supra* nota 46, tomo VI, pp. 207-220.

175. Estos principios fueron acogidos por la vigente Ley Nacional de *Habeas Corpus* promulgada el 24 de octubre de 1984, en cuyo artículo 4º, incisos 1 y 2, se consagra el principio de razonabilidad de los tribunales federales y locales al conocer las demandas de *habeas corpus* contra detenciones ordenadas durante el estado de sitio, ya que con motivo de las mismas, dichos juzgadores pueden examinar tanto la legitimidad como la constitucionalidad de las disposiciones legislativas que sirven de apoyo a las medidas concretas contra las cuales se interpone la impugnación, incluyendo la declaración misma. En efecto, de acuerdo con el citado precepto:

Estado de sitio. Cuando sea limitada la libertad de una persona en virtud de la declaración prevista por el artículo 23 de la Constitución Nacional, el procedimiento de *habeas corpus* podrá tender a comprobar en el caso concreto: 1. *La legitimidad de la declaración del estado de sitio.* 2. La correlación entre la orden de privación de la libertad y la situación que dio origen al estado de sitio...

A su vez, el artículo 6º de dicho ordenamiento establece: “*Inconstitucionalidad.* Los jueces podrán declarar de oficio en el caso concreto la *inconstitucionalidad* cuando la limitación de la libertad se lleve a cabo por orden escrita de una autoridad que obra en virtud de un precepto legal contrario a la Constitución Nacional”.¹⁷⁰

176. La Corte Suprema argentina ha tenido ocasión de pronunciarse sobre estas cuestiones en su sentencia de 3 de diciembre de 1985, con motivo del recurso de *habeas corpus* promovido por Jorge H. Granada contra el arresto decretado por el titular del poder Ejecutivo con apoyo en la declaración del estado de sitio expedida ya dentro del régimen democrático. En el voto pronunciado por el magistrado y conocido tratadista Carlos S. Fayt, se sostiene, en esencia, que el citado control de razonabilidad de los arrestos autoriza a verificar judicialmente si el acto respectivo guarda proporción con los fines perseguidos mediante la declaración del estado de sitio y, en cada caso concreto, si la privación de la libertad lo es por tiempo breve y limitado.¹⁷¹

177. Un intento similar al de la Corte argentina se produjo en el Supremo Tribunal Federal brasileño entre los años de 1964 a 1969,

¹⁷⁰ Cfr. Sagiúés, Nestor, Pedro, “Control judicial de la declaración de estado de sitio y de los arrestos consecuentes”, en *La Ley*, Buenos Aires, 23 de diciembre de 1985, pp. 1-3.

¹⁷¹ Cfr. Bidart Campos, Germán, “Lo viejo y lo nuevo en la jurisprudencia actual de la Corte sobre el estado de sitio”, en *El Derecho*, Buenos Aires, 4 de febrero de 1986, pp. 1-3.

durante la época en que el gobierno militar brasileño adoptó una actitud represiva. En efecto, durante ese difícil periodo, el citado Tribunal Supremo Federal admitió y resolvió varios recursos de *habeas corpus* contra actos lesivos para los derechos humanos, emitidos por el citado gobierno militar con apoyo en declaraciones de emergencia y el desorbitado concepto de la seguridad nacional. A través de estas resoluciones se protegió no sólo la libertad personal sino también las de expresión y de pensamiento. Esta actitud provocó un serio enfrentamiento con el organismo ejecutivo, el cual, además de expedir, en uso de facultades constituyentes, varios Actos Institucionales, incluyendo las sustanciales modificaciones de 1969, para reformar indebidamente la Constitución Federal, presionó políticamente al propio Tribunal Federal, de tal manera que tres de los magistrados más independientes fueron obligados a pedir su retiro y otros dos renunciaron a sus cargos por inconformidad con estas medidas.¹⁷²

178. Pero con excepción de estos ejemplos argentino y brasileño, la mayoría de las legislaciones latinoamericanas no hacen referencia a la intervención judicial durante los estados de emergencia, y si bien algunos de estos ordenamientos señalan los derechos humanos que no pueden ser objeto de suspensión durante la emergencia, por el contrario no indican los instrumentos procesales para tutelar esos derechos.¹⁷³

179. Por el contrario, podemos señalar ejemplos de ordenamientos latinoamericanos que restringen dichos instrumentos procesales durante los estados de emergencia. En primer lugar, el artículo 41, inciso 3º de la Constitución chilena de 1980, dispone que los instrumentos procesales, de protección (en realidad de amparo) y de *habeas corpus*, no son procedentes en los estados de asamblea y de sitio (modalidades de la excepción), respecto de las medidas adoptadas en virtud de dichas situaciones de emergencia por la autoridad competente y con sujeción a las normas establecidas por la Constitución y la ley, por lo que, los Tribunales no podrán, en caso alguno, entrar a calificar los fundamentos de hecho de las medidas que haya adoptado la autoridad en ejercicio de sus funciones.

180. También en el artículo 38 de la Ley de *Habeas Corpus* y de Amparo expedida por el Congreso de Perú y promulgada el 7 de di-

¹⁷² Cfr. Nadorff, Norman J., "Habeas Corpus and the Protection of Political and Civil Rights in Brasil: 1964-1978", en *Lawyer of the Americas*, otoño de 1982, pp. 297-333.

¹⁷³ Cfr. García Belaúnde, Domingo, "Regímenes de excepción", *cit. supra* nota 163, esp. pp. 90-95; Gros Espiell y otros, "Los estados de excepción en Latinoamérica", *cit. supra* nota 165.

ciembre de 1982 (ver *supra* párrafo 106), la que no tiene su fuente como la anterior, en un régimen autoritario, sino por el contrario, de carácter democrático, establece la improcedencia de las acciones de *habeas corpus* y de amparo respecto de las garantías (aquí se incurre en el error tradicional de confundir los derechos con sus garantías) y los derechos que la Constitución enumera como susceptibles de ser suspendidos durante las situaciones de emergencia.¹⁷⁴

181. En cuanto a la revisión judicial de la constitucionalidad de las leyes, sólo podemos descubrir dos ordenamientos que otorgan competencia a los tribunales para decidir sobre el régimen jurídico de los estados de excepción. En primer término podemos señalar a los artículos 121 y 122 de la Constitución colombiana de 1886, reformada en este aspecto en 1968, en cuyo texto actual se dispone que los decretos legislativos que expida el presidente de la República con autorización del Congreso durante los estados de sitio o de emergencia económica y social, deben ser enviados por el Ejecutivo a la Corte Suprema de Justicia al día siguiente de su expedición, y en caso de no hacerlo, la propia Corte los conocerá de oficio, para que esta última declare, con carácter definitivo, si dichos decretos se expidieron de acuerdo con los requisitos formales previstos por las citadas normas fundamentales y si las disposiciones legislativas correspondientes, se ajustan a las facultades del gobierno durante los propios estados de emergencia.¹⁷⁵

182. En segundo lugar, el artículo 159 de la Carta Fundamental brasileña de 1967-1969, todavía en vigor, establece: “La inobservancia de las disposiciones relativas al estado de sitio, determina la ilegalidad de la coacción y autoriza al afectado para acudir al poder judicial”, pero este precepto contradice lo dispuesto por el diverso artículo 181 de la propia Carta Fundamental, que excluyó de la apreciación judicial los actos realizados por el Comando Supremo de la Revolución de 31 de marzo de 1964, así como en varias Actas Institucionales reformatorias de la propia Constitución, lo que parece paradójico, pero que se explica si se toma en cuenta que el primero de los preceptos señalados proviene casi literalmente del artículo 215 de la Constitución democrática de 1946.¹⁷⁶

¹⁷⁴ Cfr. Borea Odría, Alberto, *El amparo y el habeas corpus*, *cit.*, *supra* nota 59, pp. 283-290.

¹⁷⁵ Cfr. Restrepo Piedrahita, Carlos, *Las facultades extraordinarias*, Bogotá, Universidad del Externado de Colombia, 1973, esp. pp. 153-259; Sáchica, Luis Carlos, *Constitucionalismo colombiano*, *cit.*, *supra* nota 114, p. 207-220; Gallón G., Gustavo, “La experiencia colombiana en los estados de emergencia y la viabilidad de su control internacional”, en el libro *Estados de emergencia en la región andina*, *cit.*, *supra* nota 165, pp. 79-92.

¹⁷⁶ Sobre este precepto de la Carta federal de 1946, puede consultarse el comen-

183. Esta situación desalentadora debe modificarse gradualmente por virtud de la ratificación de numerosos países latinoamericanos, tanto del Pacto sobre Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas, expedido en diciembre de 1966, como de la Convención Interamericana de los Derechos Humanos suscrita en San José, Costa Rica, en noviembre de 1969, cuyos artículos 4º y 27, respectivamente, establecen los lineamientos a que deben sujetarse los Estados Partes en dichas convenciones multilaterales para declarar los estados de excepción y aplicar las medidas concretas de la emergencia.

184. En estos dos preceptos se establecen las condiciones de forma y de fondo que deben cumplir los gobiernos signatarios para expedir las declaraciones de excepción y las medidas concretas respectivas y además se establece una enumeración de los derechos humanos que no pueden ser objeto de suspensión con motivo de los estados de emergencia. Consideramos que debe hacerse hincapié en el artículo 27 de la Convención Interamericana (que indebidamente lleva el título de “suspensión de garantías, cuando se trata en realidad, de los derechos), no sólo por contener una lista más amplia que la del Pacto de las Naciones Unidas en cuanto a los derechos que no pueden ser suspendidos en los estados de emergencia, sino porque además establece que tampoco pueden ser objeto de suspensión “*Las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos*”.¹⁷⁷

185. Esta última disposición es peculiar de la Convención Interamericana, puesto que no se encuentra en los preceptos similares que regulan la tutela de los derechos humanos durante los estados de excepción, es decir, el mencionado artículo 4º del Pacto de las Naciones Unidas sobre Derechos Civiles y Políticos y el artículo 15 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales.¹⁷⁸ En efecto, esta frase fue agregada en

tario del tratadista brasileño Pontes de Miranda, *Comentarios a Constituição de 1943*, 3a. ed., Rio de Janeiro, Editor Borsoi, 1960, tomo VI, pp. 446-467.

¹⁷⁷ Cfr. Morris, Robert E., y Desio Reiton, Paula, “The Suspension of Guarantees: A Comparative Analysis of the American Convention on Human Rights and the Constitution of the States Parties”, en *The American University Law Review*, 1980, pp. 189-223, esp. pp. 211-223. En el Seminario Internacional “Los Estados de Excepción en la Región Andina”, efectuado en la ciudad de Lima, Perú los días 23 a 25 de abril de 1986, se aprobó como recomendación número 6), la siguiente, que: “Se garantice el funcionamiento de los mecanismos jurisdiccionales de protección que deben servir no sólo para proteger aquellos derechos no suspendidos sino para que la autoridad jurisdiccional se pronuncie acerca de la racionalidad y legitimidad de la aplicación de las medidas restrictivas de derechos dentro de una situación de excepción”. Este pronunciamiento se puede consultar en la obra colectiva *Estados de emergencia en la región andina*, cit., supra nota 165, p. 271.

¹⁷⁸ En relación al artículo 4º del Pacto de las Naciones Unidas sobre Derechos

la etapa final de la discusión en la reunión en la cual se aprobó la citada Convención Interamericana, a propuesta de la delegación estadounidense,¹⁷⁹ y aun cuando no aparecen muy explícitas las razones de su inclusión, en nuestra opinión se debe a la experiencia latinoamericana sobre la exclusión de la intervención judicial para conocer de las declaraciones de emergencia y las medidas concretas de aplicación (ver *supra* párrafos 170-171), y ésta ha sido también la experiencia de la Comisión Interamericana de los Derechos Humanos (ver *supra* párrafo 149), la que en reiteradas ocasiones ha expresado la necesidad de que no sean objeto de suspensión los instrumentos procesales de tutela de los derechos humanos durante las situaciones de emergencia, para evitar que quedan sin protección tales derechos.¹⁸⁰

186. Este criterio ha sido reafirmado por la Corte Interamericana de los Derechos Humanos, al resolver el 30 de enero de 1987, la opinión consultiva OC-8-87, solicitada por la propia Comisión Interamericana sobre la interpretación de los artículos 25.1 y 7.6, en relación con la última frase del artículo 27.2 de la Convención Americana de los Derechos Humanos (ver *supra* párrafo 184), o sea, si los instrumentos protectores de *habeas corpus* y de amparo quedan comprendidos dentro de las garantías judiciales que no pueden ser objeto de suspensión durante las situaciones de excepción.

187. Después de un cuidadoso estudio sobre los citados preceptos de la Convención, la Corte Interamericana consideró que la suspensión de los derechos fundamentales que autoriza la propia Convención no debe exceder la medida de lo estrictamente necesario para atender la emergencia, por lo que resulta ilegal toda actuación de los poderes públicos que desborde los límites que deben estar precisamente señalados en las disposiciones que decreten el estado de excepción, aun dentro de esa situación de excepcionalidad jurídica. Lo anterior significa que no pueden apartarse de esos principios generales las medidas con-

Civiles y Políticos, *cfr.* entre otros, Daes, Erica Irene A., *Los deberes de toda persona respecto de la comunidad y las limitaciones de los derechos y libertades humanos según el artículo 29 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Una contribución a la libertad de la persona humana con arreglo a la ley*, Nueva York, Naciones Unidas, 1983, pp. 212-224. Respecto al mencionado artículo 15 de la Convención Europea, *cfr.* entre otros, Van Dijk, P. y Can Hoff, G. J. H., *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, pp. 398-408; Jacobs, Francis, G., *The European Convention on Human Rights*, pp. 204-213, las dos obras citadas *supra* nota 140.

¹⁷⁹ A este respecto puede consultarse el documento: *A Report of United States Delegation to the Interamerican Convention on Human Rights*, San José, Costa Rica, noviembre de 1969, p. 36.

¹⁸⁰ *Cfr.* Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Diez años de actividades, 1971-1981*, Washington, 1982, pp. 323-328.

cretas que afecten los derechos o libertades suspendidos, como ocurriría si tales medidas violasen la legalidad excepcional de la emergencia, si se prolongaran más allá de sus límites temporales, si fueran manifiestamente irracionales, innecesarias o desproporcionadas, o si para adoptarlas se hubiere incurrido en desviación o abuso de poder.

188. Los razonamientos anteriores llevaron a la Corte Interamericana a concluir en el sentido de que los procedimientos de *habeas corpus* y de amparo son de aquellas garantías judiciales indispensables para la protección de varios derechos cuya suspensión está vedada por el artículo 27.2 de la Convención, y sirven, además, para preservar la legalidad de una sociedad democrática. Un aspecto importante que señala la propia Corte es la relativa a aquellos ordenamientos constitucionales y legales de los Estados Partes que autoricen, explícita o implícitamente, la suspensión de los citados procedimientos tutelares de *habeas corpus* o de amparo en situaciones de emergencia, los que deben considerar incompatibles con las obligaciones internacionales que la mencionada Convención impone a los propios Estados. La misma Corte Interamericana al resolver el 6 de octubre de 1987, la Opinión Consultiva número nueve, solicitada por el gobierno de la República Oriental del Uruguay, reiteró su criterio anterior de que deben considerarse como garantías no susceptibles de suspensión durante los estados de emergencia, en los términos del artículo 27.2 de la Convención Americana, el *habeas corpus* y el amparo, y además agregó, que tampoco puede suspenderse cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, destinado a garantizar el respeto a los derechos y libertades cuya suspensión no está autorizada por la misma disposición, así como aquellos procedimientos judiciales inherentes a la forma democrática representativa de gobierno, previstos por el derecho interno de los Estados Partes como idóneos para garantizar la plenitud de los mismos derechos.

C) *La eficacia*

189. Desafortunadamente no existen estudios de sociología judicial, como los que se han efectuado respecto de otros ordenamientos, para poder determinar la eficacia de los instrumentos de control constitucional en América Latina, al menos en los últimos años, ni tampoco se pueden consultar estadísticas confiables que permitan establecer algunas conclusiones, así sean aproximadas sobre el cumplimiento de las disposiciones constitucionales que establecen las atribuciones de los tribunales para conocer de las cuestiones de constitucionalidad tanto

de las disposiciones legislativas como de los actos concretos de autoridad que infringen las disposiciones constitucionales.

190. Se han intentado algunos ensayos de valoración sobre la eficacia del control constitucional en los ordenamientos latinoamericanos, como el efectuado por el tratadista norteamericano David S. Clark;¹⁸¹ el realizado por el que esto escribe conjuntamente con el destacado constitucionalista mexicano Jorge Carpizo (apoyado en las respuestas de cuestionarios que se enviaron a varios juristas latinoamericanos)¹⁸² y el que desarrolló el jurista estadounidense Carl E. Schwarz, pero este último de manera exclusiva por lo que se refiere a la comparación entre el control judicial desarrollado por los tribunales federales en México y los Estados Unidos.¹⁸³

191. Si examinamos los resultados de estos esfuerzos para determinar la efectividad del control judicial en los ordenamientos latinoamericanos, no podemos obtener de ellos resultados suficientes que nos permitan apreciar la situación de la revisión judicial y de los instrumentos tutelares como el *habeas corpus* y el amparo, puesto que su aplicación es muy variable y además inestable, puesto que sufre constantes cambios en cuanto los gobiernos constitucionales son sustituidos por dictaduras civiles o militares, más abundantes las segundas que las primeras en los últimos años. Además podemos observar ordenamientos en los cuales han prevalecido los constantes golpes de Estado y dictaduras prolongadas como ha ocurrido en la región centroamericana con excepción de Costa Rica, así como en Paraguay y Bolivia, si bien esta última con un débil ensayo de gobierno constitucional apenas en los últimos años.¹⁸⁴

192. Ya señalamos que los grandes obstáculos para el desarrollo de la revisión judicial y de los instrumentos protectores de los derechos humanos radica en la interpretación desorbitada de las cuestiones políticas no judiciales (ver *supra* párrafos 158-165) y los continuos estados de excepción, tanto en su aspecto patológico de los gobiernos *de facto*, especialmente de carácter castrense, como en los periodos de dictadura constitucional (ver *supra* párrafos 166-188); impedimentos muy

¹⁸¹ Cfr. Clark, David, "Judicial Protection of the Constitution in Latin America", en *Hastings Constitutional Law Quarterly*, 1975, pp. 426-436; Carpizo, Jorge y Fix-Zamudio, Héctor, "Amerique Latine", *cit.*, *supra* nota 7, pp. 146-147.

¹⁸² Cfr. Carpizo, Jorge, y Fix-Zamudio, Héctor, *op. ult. cit.*, pp. 142-149.

¹⁸³ Cfr. Schwarz, Carl E., "Jueces en la penumbra. La independencia judicial en México y en los Estados Unidos", trad. de Fausto E. Rodríguez García, en *Anuario Jurídico*, México, 2, 1975, 1977, pp. 143-219.

¹⁸⁴ Cfr. Carpizo, Jorge y Fix-Zamudio, Héctor, "Amerique Latine", *cit.*, *supra* nota 7, pp. 142-145.

frecuentes y en ocasiones prolongados, en la evolución político-constitucional de América Latina.

193. Sin embargo, y a pesar de las grandes limitaciones que afectan nuestra región en los últimos años, especialmente en cuanto a problemas económicos, sociales, políticos y culturales que no se han podido superar, se advierte un pequeño progreso en la práctica de la revisión judicial, en especial en aquellos países como Argentina, Uruguay y Brasil, que han recuperado recientemente su normalidad constitucional, y que en sus periodos de gobiernos legítimos, habían obtenido un grado razonable de práctica en el control de la constitucionalidad de los actos de autoridad por parte de sus organismos judiciales.

194. Tenemos también la convicción de que la paulatina ratificación de los Convenios Internacionales sobre Derechos Humanos, en particular de la Convención Americana (ver *supra* párrafo 143), debe producir efectos positivos en el desarrollo de la revisión judicial en los ordenamientos latinoamericanos.

IX. RESUMEN Y CONCLUSIONES

195. El breve estudio panorámico que hemos efectuado nos permite establecer las siguientes conclusiones:

196. *Primera.* El análisis del control judicial de la constitucionalidad de las disposiciones legislativas y de los actos de autoridad en los ordenamientos latinoamericanos debe partir de un marco teórico, el cual se apoya en los lineamientos de una nueva disciplina procesal que podemos intitular *Derecho procesal constitucional*, y en la que se descubren tres sectores: la jurisdicción constitucional de la libertad, la jurisdicción constitucional orgánica y la jurisdicción constitucional transnacional, que deben combinarse con los dos grandes sistemas de control constitucional: el americano y el austriaco.

197. *Segunda.* El llamado “sistema americano” de revisión judicial de las disposiciones legislativas, que surgió en la Constitución Federal de los Estados Unidos de 1787 (con antecedentes en la legislación y la jurisprudencia coloniales), implica, al menos en sus aspectos esenciales, un órgano difuso (es decir que las cuestiones de constitucionalidad pueden ser decididas por todos los jueces); se traduce en la desaplicación de los preceptos legales que se consideran contrarios a la Carta Fundamental, y sus efectos son particulares, es decir, sólo para el caso concreto y para las partes que han intervenido en el proceso en el cual se pronuncia la decisión.

198. *Tercera*. El sistema americano es el que ha tenido mayor trascendencia en los ordenamientos latinoamericanos, debido a que, con posterioridad a la independencia política de España y Portugal, los juristas de la región consideraban como paradigma al régimen constitucional de los Estados Unidos, y particularmente, la función de los tribunales como órganos de control de la constitucionalidad de las leyes. En esta materia tuvo una gran repercusión la obra de Alexis de Tocqueville, *La democracia en América*, cuya traducción castellana de Sánchez de Bustamante fue muy conocida en la tercera década del siglo XIX, así como, pero con menor divulgación, la clásica obra de *El federalista*.

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

200. *Quinta*. El *habeas corpus* conocido también en su traducción castellana como “exhibición personal”, fue introducido y subsiste en la totalidad de las legislaciones latinoamericanas inspiradas directamente en la ley inglesa de 1679 o por conducto del derecho estadounidense, como el instrumento específico para la tutela de la libertad personal, y que también se le califica como “amparo de la libertad personal”, o forma parte del derecho de amparo como ocurre en el ordenamiento mexicano. También pueden observarse algunas modalidades del *habeas corpus* en el derecho latinoamericano, ya que por la ausencia en determinadas épocas, de otros instrumentos tutelares, la legislación y la jurisprudencia extendieron esta institución a la protección de los restantes derechos humanos consagrados constitucionalmente, con exclusión de los de carácter patrimonial. A este respecto podemos citar los ejemplos de Brasil, Bolivia y Perú.

201. *Sexta*. El derecho de amparo surgió en el ordenamiento constitucional mexicano, primero en la Constitución yucateca de 1841, que también fue el primer documento en introducir la revisión judicial norteamericana de acuerdo con su divulgación en el libro de Tocqueville, que se menciona expresamente; con posterioridad en el ámbito nacional en el documento denominado Acta de Reformas (a la Constitución Federal de 1824) y definitivamente en los artículos 101 y 102 de la Carta Federal de 1857. De ahí pasó de manera paulatina a varios

ordenamientos constitucionales de Latinoamérica y actualmente está regulado, con diversas modalidades, en las Constituciones y legislaciones de Argentina (tanto en el ámbito nacional como de las entidades federativas), Bolivia, Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, Venezuela y Uruguay. A estos ordenamientos deben agregarse las instituciones similares del *mandado de segurança* brasileño (que algunos autores han traducido al castellano como mandamiento de amparo) y el recurso de protección de la Constitución chilena de 1980.

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

203. *Octava*. La revisión judicial de la constitucionalidad de las leyes de acuerdo con el modelo norteamericano, prácticamente ha sido establecida en la totalidad de las legislaciones latinoamericanas, inclusive en aquellos ordenamientos que conservaron durante más tiempo la influencia russoniana de la preeminencia del organismo legislativo, como Ecuador y Perú. Sin embargo asume numerosos matices, entre los cuales podemos citar dos esenciales: el primero se desarrolla a través del llamado control difuso, en cuanto atribuye a todos los jueces y tribunales, con independencia de su jerarquía, la facultad de decidir las cuestiones de inconstitucionalidad planteadas en los procesos concretos de los cuales conocen, sin perjuicio de llevar la cuestión a su decisión final por la Corte o Tribunal Supremos. Aquí podemos señalar como ejemplo las legislaciones de Argentina y Brasil, que además son de carácter federal, las que, por medio del recurso extraordinario de inconstitucionalidad se aproximan al modelo estadounidense de revisión judicial. El otro sector es el de aquellos países que atribuyen de manera exclusiva a la Corte Suprema la decisión de las cuestiones de inconstitucionalidad de las disposiciones legislativas, entre las que se

encuentra el llamado recurso de inaplicabilidad del ordenamiento chileno. Pero en todos los supuestos se conservan los lineamientos esenciales de los efectos particulares de la sentencia de inconstitucionalidad.

204. *Décima*. El modelo de control de la constitucionalidad de las leyes, que surgió en la Constitución austriaca de 1920, de acuerdo con el pensamiento del ilustre Hans Kelsen, posee teóricamente las características contrarias de las que se atribuyen al sistema americano, puesto que dicho control se encomienda a un órgano concentrado: Tribunal o Corte Constitucional, y los efectos de la declaración de inconstitucionalidad son de carácter general o *erga omnes*. Si bien este modelo ha predominado en los ordenamientos constitucionales europeos de carácter continental, se ha extendido también de manera reciente a algunos ordenamientos latinoamericanos, pero con el carácter peculiar de que no suprimen, sino que por el contrario, consideran compatible, la revisión judicial americana. Entre los ejemplos de la influencia del sistema austriaco en Latinoamérica podemos citar la Corte de Constitucionalidad de Guatemala, surgida en la Constitución de 1965, como un organismo que se integraba en cuanto se planteaban las impugnaciones de inconstitucionalidad, pero que se ha transformado en tribunal permanente en la Carta actual de 1985; el Tribunal Constitucional chileno introducido en la reforma de 1970 a la Constitución de 1925, suprimido en 1973 por el golpe militar, pero restablecido en la Carta vigente de 1980, aun cuando de manera puramente formal por no haberse restablecido el órgano legislativo; así como los Tribunales de Garantías Constitucionales de las Cartas Fundamentales de Ecuador de 1978 y de Perú de 1979.

205. *Decimaprimer*a. La doctrina contemporánea ha señalado la aproximación de los modelos americano y austriaco de control constitucional; acercamiento que se advierte también en los ordenamientos latinoamericanos, a través de lo que podemos calificar como “sistema mixto”, puesto que toma del americano la competencia de un tribunal ordinario no especializado, es decir, la Corte Suprema, para decidir las cuestiones de inconstitucionalidad de las leyes, pero adopta del sistema austriaco la declaración general de inconstitucionalidad. Podemos señalar varios matices en las legislaciones latinoamericanas, el principal de los cuales es la llamada “acción popular de inconstitucionalidad”, o sea que cualquier persona puede acudir a la Corte Suprema para impugnar la constitucionalidad de las disposiciones legislativas, y la declaración de inconstitucionalidad asume efectos generales. En esta dirección podemos mencionar como los ejemplos más significativos los ordenamientos de Colombia y Venezuela, que se han

aplicado desde principios de este siglo y que se han extendido más recientemente a las legislaciones de El Salvador y Panamá. En otros ordenamientos latinoamericanos, si bien se requiere que la impugnación se presente por el afectado, la declaración de inconstitucionalidad asume efectos generales, como Costa Rica y en algunas provincias argentinas.

206. *Decimasegunda.* Un ordenamiento peculiar en Latinoamérica es el cubano posterior a la revolución de 1959, puesto que toma como modelo el paradigma soviético en su Constitución de 1976. De acuerdo con dicho modelo, se encomienda al órgano legislativo, Asamblea Nacional del Poder Popular, y su órgano de receso, el Consejo de Estado, la decisión sobre la inconstitucionalidad de las disposiciones legislativas, incluyendo las propias, y confiere a la Fiscalía (Procuratura) la defensa de los derechos de los gobernados como aspecto esencial de la legalidad socialista. Sin embargo, de acuerdo con la tradición española, se aparta de los lineamientos del sistema soviético en cuanto admite la tutela de los derechos fundamentales a través de los tribunales populares, por conducto del contencioso administrativo, de acuerdo con la Ley de Procedimiento Civil, Administrativo y Laboral de 19 de agosto de 1977.

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

208. *Decimacuarta.* Un segundo periodo, más reciente, implica una restricción a la soberanía estatal para reconocer una mayor jerarquía a las normas de carácter transnacional en relación con los conflictos con las disposiciones constitucionales internas. Aun cuando esta situación ha tenido un desarrollo muy lento debido a la desconfianza tradicional de nuestros países a la intervención de los organismos internacionales, por un recuerdo amargo de intervenciones y laudos injustos, se ha implantado, así sea de manera restringida, en dos sectores: en el campo de los derechos humanos y en el de la integración económica. En esta dirección podemos señalar los ordenamientos de Ecuador y

de Panamá, que reconocen expresamente las normas y principios de derecho internacional (*ius cogens*); los de Honduras y El Salvador que otorgan a los tratados internacionales una jerarquía superior a la de las leyes ordinarias, y finalmente los de Guatemala y de Perú, que consideran a los tratados internacionales de derechos humanos como superiores a las disposiciones internas e inclusive la Carta peruana otorga a dichos tratados el carácter de normas constitucionales.

209. *Decimaquinta.* La evolución hacia la preeminencia de los tratados sobre derechos humanos en el ámbito de los ordenamientos constitucionales latinoamericanos, ha culminado con el reconocimiento de los organismos de justicia internacional, tales como la Comisión y la Corte Interamericana de los Derechos Humanos, en particular, por conducto de la ratificación de la Convención Americana de los Derechos Humanos suscrita en San José, Costa Rica, en noviembre de 1969, y que han tomado como modelo, aun cuando con aspectos peculiares, a la Comisión y a la Corte Europea de los Derechos Humanos. En cuanto a la integración económica, que no ha tenido éxito en el ámbito latinoamericano, al menos se ha iniciado en los países andinos, a través del Acuerdo de Cartagena, suscrito el 26 de mayo de 1966, y del que actualmente forman parte Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú y Venezuela, los que han establecido, siguiendo el ejemplo del Tribunal de las Comunidades Europeas con residencia en Luxemburgo, el Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena que inició sus labores en la ciudad de Quito el primero de enero de 1984, con competencia restringida respecto de su modelo europeo, pero que significa un inicio de resolución de conflictos sobre la aplicación de las disposiciones comunitarias en relación con las de carácter interno.

210. *Decimasexta.* Aun cuando el estudio tiene carácter predominantemente normativo, ya que no sería posible realizar una investigación sociológica, para un mejor conocimiento de la aplicación del control constitucional a la realidad jurídica de los ordenamientos latinoamericanos, se realiza un análisis superficial de los principales problemas contemporáneos que restringen la eficacia y la evolución de los instrumentos de dicho control: *habeas corpus*, amparo y revisión judicial. El primero de dichos problemas se refiere a la interpretación de las cuestiones políticas no judiciales por parte de los tribunales latinoamericanos, respecto de los cuales se han mostrado muy tímidos en su conocimiento, actitud que ha sido favorecida, cuando no provocada por los órganos de gobierno y particularmente por el ejecutivo, en el ejercicio de facultades discrecionales.

211. *Decimaséptima*. El segundo sector que ha impedido la evolución positiva de la revisión judicial es la relativa a los frecuentes y en ocasiones permanentes estados de excepción en los ordenamientos latinoamericanos, que asumen, además, una doble configuración: por una parte, podemos señalar un aspecto patológico de los propios estados de emergencia, que son declarados por los gobiernos *de facto*, especialmente los de carácter militar, con el objeto de menoscabar las instituciones democráticas, y en segundo lugar aquellas situaciones de excepción que se expiden por los gobiernos democráticos para mantener el orden constitucional en situaciones de grave peligro o conflicto, que se han comprendido dentro del concepto de “dictadura constitucional”. En ambos supuestos, pero con mayor razón en los primeros que están fuera del orden constitucional, las Constituciones latinoamericanas no hacen referencia expresa, salvo las Cartas de Brasil y de Colombia, a la procedencia de la revisión judicial respecto de las disposiciones legislativas y de los actos de autoridad emandados en las situaciones de emergencia que afectan los derechos humanos de los gobernados, y por el contrario, algunas de ellas se refieren a la suspensión de los instrumentos procesales de protección de los propios derechos (*habeas corpus* y amparo). Tampoco existen lineamientos en las propias disposiciones constitucionales que impidan extralimitaciones del organismo Legislativo, y con mayor frecuencia, del Ejecutivo, cuando este último hace uso de facultades extraordinarias para legislar o cuando toma medidas concretas frente a situaciones de grave peligro o conflicto.

212. *Decimoctava*. A lo anterior debe agregarse la autolimitación que se han impuesto los jueces y tribunales latinoamericanos para conocer de los instrumentos procesales durante los estados de emergencia, ya que se han mostrado inseguros, vacilantes y tímidos en la defensa de su competencia para la tutela de los derechos humanos en tales situaciones. Este panorama general contrasta con la jurisprudencia de los tribunales argentinos, en especial de la Corte Suprema, los que han examinado con bastante profundidad el problema de la revisión judicial de las disposiciones expedidas durante las situaciones de emergencia y de las medidas concretas para aplicarlas, todo ello a través del concepto de la razonabilidad, para determinar si dichas disposiciones y medidas concretas se han expedido y ejercitado dentro de los límites establecidos por la Constitución Nacional, aun cuando no puedan decidir sobre la oportunidad y discrecionalidad políticas de las propias medidas de emergencia.

213. *Decimanoventa.* Como ejemplos de las decisiones de la Corte Suprema en las cuales se ejerció el criterio de razonabilidad de las declaraciones y medidas de excepción, podemos mencionar los fallos dictados el 9 de agosto de 1977 y el 20 de julio de 1978, en los procesos interpuestos por Carlos María Zamorano y el muy conocido de Jacobo Timmerman, en los cuales se estableció que los tribunales tenían competencia para decidir sobre la situación de los detenidos a disposición del poder Ejecutivo, en los términos de los artículos 21, 29 y 95 de la Constitución argentina; ya que los afectados no podían quedar limitados a su suerte y al margen de todo control por parte de los jueces de la Nación, sea cual fuere el tiempo durante el cual se practica el arresto. Este mismo criterio de razonabilidad se introdujo en el artículo 4º, incisos 1 y 2, de la Ley Nacional de *Habeas Corpus*, promulgada por el gobierno constitucional el 24 de octubre de 1984, que confiere a los tribunales la facultad para examinar con motivo de las detenciones ordenadas durante el estado de sitio, tanto la legitimidad como la constitucionalidad de las disposiciones legislativas que sirven de apoyo a las medidas concretas contra las cuales se interpone la impugnación, incluyendo la declaración misma. Este precepto fue aplicado por la Corte Suprema argentina en la resolución que pronunció el 3 de diciembre de 1985, con motivo del recurso de *habeas corpus* interpuesto por Jorge H. Granada, en relación con el arresto decretado en su contra por el titular del poder Ejecutivo nacional durante el estado de emergencia decretado por el gobierno constitucional.

214. *Vigésima.* La situación desalentadora de la falta de protección efectiva de los derechos humanos y de la ausencia de control judicial de las leyes durante los estados de excepción, debe modificarse gradualmente por virtud de la ratificación de numerosos países latinoamericanos, tanto del Pacto sobre Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas, expedido en diciembre de 1966, como de la Convención Americana suscrita en San José, Costa Rica, en noviembre de 1969, cuyos artículos 4º y 27, respectivamente, establecen los lineamientos a que deben sujetarse los Estados Partes en dichas convenciones para declarar los estados de excepción y aplicar las medidas concretas de la emergencia. Tiene particular relevancia el citado artículo 27 de la Convención Americana, puesto que además de establecer con mayor amplitud que el Pacto de las Naciones Unidas, los derechos que no pueden ser objeto de suspensión durante la emergencia, también establece que tampoco pueden suspenderse las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos.

215. *Vigésima primera.* El citado artículo 27.2 de la Convención

Americana ha sido interpretado por la Corte Interamericana al resolver el 30 de enero y el 6 de octubre de 1987, las consultas 8 y 9 de 1987 formuladas por la Comisión Interamericana y por el Gobierno de Uruguay, respectivamente, en el sentido de que la suspensión de los derechos fundamentales que autoriza la propia Convención no debe exceder la medida de lo estrictamente necesario para atender la emergencia, por lo que resulta ilegal toda actuación de los poderes públicos que desborde los límites que deben estar precisamente señalados en las disposiciones que decreten el estado de excepción aun dentro de la situación de excepcionalidad jurídica. Lo anterior significa que los procedimientos de *habeas corpus* y de amparo son de aquellas garantías judiciales indispensables para la protección de varios derechos cuya suspensión está vedada por la Convención, y sirven, además, para preservar la legalidad democrática. A los dos instrumentos tutelares anteriores deben agregarse como no susceptibles de suspensión cualquier otro recurso efectivo o los procedimientos judiciales inherentes a la forma democrática representativa de gobierno, previstos por el derecho interno de los Estados partes como idóneos para garantizar la plenitud de los citados derechos.

216. *Vigésima segunda.* Por lo que se refiere a la eficacia de la revisión judicial y de los instrumentos protectores del *habeas corpus* y de amparo en la realidad político constitucional latinoamericana, sólo puede establecerse de manera muy aproximada, en virtud de que no existen estudios empíricos de carácter sociológico que permitan precisar esa efectividad. Se han intentado algunos lineamientos de valoración, como los ensayados por el tratadista norteamericano David S. Clark, por el constitucionalista mexicano Jorge Carpizo conjuntamente con el que esto escribe y por el también jurista estadounidense Carl E. Schwarz, este último sólo por lo que se refiere a los ordenamientos de México y los Estados Unidos. Sin embargo, podemos señalar que existen numerosos obstáculos que impiden la aplicación de los instrumentos de control judicial en el ámbito latinoamericano, algunos de los cuales fueron examinados brevemente, como son los relativos a la interpretación desorbitada de las cuestiones políticas no judiciales, los frecuentes y a veces permanentes estados de emergencia y la auto-limitación de los jueces y tribunales de nuestra región, además de otros factores de carácter económico, social y cultural que se han incrementado en los últimos años, aun cuando existe la posibilidad de que la paulatina superación de las dictaduras que afectaron a varios países latinoamericanos de tradición democrática y la ratificación de la Convención Americana de San José, puedan influir positivamente en la eficacia del control judicial en Latinoamérica.