

LA JURISDICCION CONSTITUCIONAL

Rafael MÁRQUEZ PIÑERO

SUMARIO: I. *Planteamiento de la problemática.* II. *Jurisdicción constitucional.* III. *Derecho procesal y derecho constitucional.* IV. *Derecho constitucional procesal.* V. *Contenido del derecho constitucional procesal.* VI. *Estado de derecho y jurisdicción.* VII. *Los derechos humanos y la tutela jurisdiccional.* VIII. *Garantías del gobernado.* IX. *Situación actual.*

I. PLANTEAMIENTO DE LA PROBLEMÁTICA

En pocas épocas de la historia se ha hablado y escrito más en relación con los derechos humanos; pero también conviene precisar que, en pocas épocas, igualmente, han sido tan menospreciados por lo que pudiera llamarse, *lato sensu*, el poder público, y es que en la raíz del problema está la trágica contradicción característica de nuestro tiempo: el inevitable crecimiento de las facultades del Estado, en función de su preferente atención a la satisfacción de las denominadas necesidades sociales, y la correlativa indefensión del gobernado, del administrado, frente a este desmesurado monstruismo estatal. Esta "administrativización" progresiva e inquietante, provoca un efecto paradójico en los regímenes de corte democrático (paradoja denunciada, entre otros, por el profesor hispano Jesús González Pérez).¹ y es que —en ellos— la libertad (socialmente entendida) es más restringida que en los regímenes autoritarios, precisamente porque la administración —en éstos— tiene mucho menor desarrollo.

Puede afirmarse, por consiguiente, que ese crecimiento desorbitado de la administración contemporánea adviene en una situación de doble vertiente: a) Por un lado, beneficia a los sectores populares, a los menos favorecidos, y b) por el otro, afecta a dichos grupos mayoritarios, al propio tiempo que a las personas desde el punto de vista individual, al reducir, cada vez en mayor grado, la esfera de libertad de los gobernados, que sufren una auténtica e insoportable "dirigibilidad admi-

¹ González Pérez, Jesús, "Arbitrariedad administrativa", en *Anuario Jurídico*, I, México, 1974, pp. 159 y 160.

nistrativa” en prácticamente todas sus actividades; pensemos en la enorme cantidad de trámites que hemos de cubrir en nuestra vida cotidiana y estaremos de acuerdo con lo anteriormente citado.

En la tesis, ya no resulta tan importante, con serlo sin duda alguna, la incorporación de la libertad de acervo constitucional de los sistemas democráticos, sino la efectiva vigencia de esa libertad consagrada en el terreno práctico, y este terreno de la eficacia corresponde a la acción procesal, como triple camino para afirmar el derecho, para hacerlo valer mediante aquélla, y para solicitar su protección. “Caminate no hay camino, se hace camino al andar”, decía mi paisano el gran don Antonio Machado.

A estos efectos son esclarecedoras las palabras del fundador de la escuela de derecho político puro,² al afirmar que si bien la idea de la legalidad conduce a restricciones de la democracia, debe ser mantenida para la realización de ésta, y que para ello se hace necesario instar todas las instituciones de control, que puedan asegurar la legalidad de la función ejecutiva. Y la primera de ellas es la jurisdicción contencioso-administrativa, cuya competencia ha de extenderse en el mismo grado y medida en que los actos administrativos sean accesibles a influencias políticas.

Pero no sólo los actos administrativos individuales son susceptibles y necesitan de un control judicial, sino también las normas generales de los reglamentos, y especialmente las leyes, sin otra diferencia que el control de los primeros vendrá referido a su legalidad, y el de las segundas a su constitucionalidad. La suerte de la democracia moderna (prosigue Kelsen) depende —en gran proporción— de la correcta elaboración de un sistema de instituciones de control, y el control concluye el enorme jurista vienés, incumbe a la jurisdicción constitucional.

Sin embargo, el protagonismo de la acción procesal, del derecho de acción, tiene una muy notable consecuencia,³ y es la cristalización de la tendencia hacia la publicización del proceso general (particularmente del civil) y la estimación del derecho de acción como un derecho subjetivo público, de carácter primordialmente constitucional, parangonable con el derecho de petición.⁴

² Kelsen, Hans, *Esencia y valor de la democracia* (trad. de Luengo Tapia y Legaz Lacambra), México, Edit. Nacional, 1974, pp. 106 y 107.

³ Bidart Campos, Germán J., *Doctrinas del Estado democrático*, Buenos Aires, Ediar, 1961, pp. 298 y 299.

⁴ Couture, Eduardo J., *Fundamentos del derecho procesal civil*, 3a. ed., Buenos Aires, Ediar, 1958, pp. 126 y ss.

Precisamente, el connotadísimo procesalista uruguayo Couture puso de relieve la trascendencia constitucional de las instituciones procesales (texto citado *supra*), iniciándose al propio tiempo el delineamiento de los perfiles de una nueva disciplina, es decir, del derecho constitucional procesal. La tendencia viene a culminar la secuencia investigativa del "procesalismo científico", iniciada, en el comienzo del último tercio del siglo XIX, por Bülow con su famoso concepto de la autonomía de la acción, verdadera revolución en los estudios procesales.

La dicotomía derecho constitucional procesal y derecho procesal constitucional viene dada en función de la consideración del derecho como un *sistema unitario-jurídico*; se postula —inclusive— la unificación de las ramas privada y pública.

Fix-Zamudio⁵ señala la existencia de una separación, con fundamento histórico, en la que el derecho procesal civil era más o menos la guía, la directriz general, basándose en un mal entendimiento del *jus civile* romano como esencialmente privado, cuando no era así, como con razón sobrada afirma Tamayo Salmorán,⁶ que enfatiza el aspecto público del *jus civile* romano. En definitiva, procesalistas y constitucionalistas andaban cada uno por su lado.

Sin embargo, la auténtica problemática reside en el encuentro de las dos disciplinas derecho constitucional y derecho procesal; hay una zona de confluencia, una verdadera zona fronteriza. Esto origina dos materias: derecho constitucional procesal y derecho procesal constitucional. El primero surge con Couture y el segundo con Hans Kelsen.

Enmarcado el problema, al menos en medida considerable, dada la dificultad temática, conviene precisar las correspondientes conceptualizaciones teóricas. A ello vamos en el siguiente apartado. El cuestionamiento queda centrado en ver en qué consiste la jurisdicción constitucional.

II. JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL

Fix-Zamudio⁷ indica que el primer aspecto a considerar es saber qué es la función jurisdiccional, cuáles son sus características. Desde luego, su misión sustancial es la resolución de los conflictos jurídicos por un órgano del Estado. La razón, diríamos con laconismo expresivo de ca-

⁵ Fix-Zamudio, Héctor, *Explicaciones de cátedra*, División de Estudios de Posgrado, UNAM, Curso 1983-1984.

⁶ Tamayo Salmorán, Rolando, *Explicaciones de cátedra*, División de Estudios de Posgrado, UNAM, Curso 1982-1983.

⁷ Fix-Zamudio, Héctor, *Explicaciones de cátedra*, *cit.*, *supra*.

rácter azoriniano, fue evitar el empleo de la autodefensa y —al propio tiempo— proporcionar seguridad jurídica.

La palabra jurisdicción, *versus* Fix, es una palabra, un vocablo polivalente: sinónimo de poder, de competencia, de facultad estatal de resolver cuestiones competenciales.

Se ha pretendido distinguir la jurisdicción tanto de la legislación como de la administración. Es relativamente fácil su distinción de la legislación, aunque —posteriormente— la cosa se torne más compleja con la posibilidad creadora o integradora de los tribunales americanos; luego, la legislación ya no tiene, en exclusiva, la facultad de dictar disposiciones generales (su mayor signo distintivo antes), sino que hay que tener muy en cuenta esa actividad de los tribunales.

En cuanto a la administración y la jurisdicción, ambas aplican las normas, y ahí hay una posible fuente de confusión. Existen tres teorías:

1) *Organicistas*. Para esta posición todo lo que hacen los tribunales es tarea jurisdiccional, lo que constituye una supersimplificación, pues llevan a cabo otras labores (por ejemplo, de corte estrictamente administrativo).

2) *Subjetivas*. Esta postura conceptúa la jurisdicción como resolutora de los conflictos entre las partes.

3) *Objetivas*. Es postulante de la jurisdicción como una manifestación de la voluntad popular mediante los órganos del Estado para la resolución de los conflictos.

Alcalá-Zamora y Castillo,⁸ en síntesis, muy cercana a lo magistral, detecta la presencia de cuatro elementos en la función jurisdiccional:

a) *Dos elementos de connotación eminentemente subjetiva*, a saber: partes y juez.

b) *Dos elementos de carácter primordialmente objetivo*, es decir, *el litigio*, conflicto cualificado de intereses en la clarividente conceptualización del gran Carnelutti, con su cualificación predeterminada por la oposición entre la pretensión de una parte y la resistencia de la otra, *y el proceso*, serie de actos, encadenados entre sí, para la resolución del litigio. En este sentido, el procedimiento es la forma, el aspecto externo, y el proceso la concatenación serial de actos abocados a la decisión del litigio.

Refundiendo los diversos aspectos, Alcalá-Zamora y Castillo,⁹ des-

⁸ Alcalá-Zamora y Castillo, Niceto, "Proceso administrativo", en *Revista Facultad de Derecho*, núm. 51, UNAM, julio-septiembre, 1963, pp. 625 y ss.

⁹ Alcalá-Zamora y Castillo, Niceto, "Notas relativas al concepto de jurisdicción", en *Estudios de teoría general e historia del proceso, 1945-1972*, México, UNAM, 1974, t. I, pp. 29 y ss.

criptivamente, define la jurisdicción como: la función desenvuelta por el Estado (gobierno), para: a) conocer, b) en su día decidir, y c) en su caso, ejecutar la sentencia firme, emitida con carácter imperativo, por un tercero imparcial, instituido por él (Estado), situado suprapartes, acerca de una o más pretensiones litigiosas, deducidas por los contendientes y canalizadas por el juzgador del correspondiente proceso, en el cual podían haber jugado algunas cuestiones preliminares o preparatorias.

La pretensión es una manifestación o exigencia de la voluntad para obtener un derecho presunto.

En el juez, la característica esencial es su imparcialidad. Pero ésta no concurre en los litigios administrativos, en los que la propia autoridad resuelve el conflicto. Y, respecto de la diferenciación entre jurisdicción voluntaria y contenciosa, cabe dejar asentado que —en la primera— sencillamente no hay controversia.

El profesor Montero Aroca¹⁰ define la función jurisdiccional como “la potestad, dinamante de la soberanía del Estado, ejercida exclusivamente por tribunales independientes, y predeterminados por la ley, para realizar el derecho en el caso concreto, juzgando irrevocablemente y ejecutando lo juzgado para satisfacer pretensiones y resistencias”.

Por último, Fix-Zamudio¹¹ entiende la función jurisdiccional como “una función del Estado (gobierno), que resuelve un conflicto de intereses contrapuestos, por un juez imparcial y predeterminado”.

Montero Aroca distingue entre postestad jurisdiccional y actividad jurisdiccional, y le añade la diversificación de constitucionalmente estática y procesalmente dinámica.

Tratándose de un trabajo, modesto y elemental, como éste, creemos bastan las nociones anteriormente expuestas; pero conviene resumir, para no incidir en ambigüedades, las características distintivas de la jurisdicción:

- a) Es una función pública.
- b) Su finalidad es la resolución de controversias jurídicas, planteadas entre dos partes contrapuestas.
- c) La resolución corresponde a un órgano del Estado.
- d) La decisión es imperativa y desde una posición preeminente e imparcial.

¹⁰ Montero Aroca, Juan, *Introducción al derecho procesal, jurisdicción, acción y proceso*, Madrid, Edit. Tecnos, 1976, pp. 15-112 y ss.

¹¹ Fix-Zamudio, Héctor, *Explicaciones de cátedra*, cit.

Puede decirse, y de esta forma lo afirmamos, que la función jurisdiccional adviene, en el Estado moderno, como una de sus atribuciones esenciales, fundamentalmente si tomamos en cuenta la gran ampliación tanto de la cantidad como de la naturaleza de las controversias¹² surgidas del entramado, complejo y variable, de la actual vida comunitaria, lo que ha originado la inevitable complicación en la estructura, competencia y funcionalidad de los organismos judiciales.

Sabido es que la unidad jurisdiccional constituyó una aspiración vehementemente de los revolucionarios franceses, y ciertamente que era razonable, ya que los ciudadanos estaban hartos de tantos fueros y privilegios procesales, unidad que, por otra parte, reinó en las naciones anglosajonas, que establecieron idénticos principios para la resolución de las controversias entre particulares y las referentes a las autoridades.

Sin embargo, actualmente, la tendencia denota un impulso contrario, es decir, el de la especialización, ante la velocidad y la complejidad de los problemas jurídicos de nuestra época.

De ahí que Fix-Zamudio¹³ señale que, independientemente de la justicia administrativa, originada en el prestigiado Consejo de Estado francés al lado de los tribunales ordinarios, hayan surgido numerosos organismos judiciales especializados (así, los laborales, familiares, constitucionales, agrarios, etcétera), inclusive en los países angloamericanos, mantenedores durante mucho tiempo de la unidad de jurisdicción.

Ante esta panorámica, las constituciones modernas (República Federal Alemana, España, Portugal, República Popular China, del año 1975, etcétera) regulan la función jurisdiccional, y establecen diversas instituciones para conseguir la correcta impartición de justicia, lo que tiene su directa traducción en las denominadas garantías constitucionales de carácter judicial o de la jurisdicción, y que Couture (citado por Fix) agrupa en tres sectores: a) garantía de independencia; b) garantía de autoridad, y c) garantía de responsabilidad.

Fix-Zamudio¹⁴ señala así los principales aspectos de las "garantías de jurisdicción":

1) *Sistema de designación* de los jueces. Punto de singular relevancia, pues de los criterios adoptados en los nombramientos de los juzgadores dependerá no sólo su independencia sino también su capacidad,

¹² Boffi Boggero, Luis M., "Función trascendente del Poder Judicial y la actualidad", en *Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, junio (17), 1963, pp. 1 y ss.

¹³ Fix-Zamudio, Héctor, "El pensamiento de Eduardo J. Couture y el derecho constitucional procesal", en *Sobretiro del Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año X, núm. 30, septiembre-diciembre, 1977, pp. 332-336.

¹⁴ *Idem*, pp. 334 y 335.

honorabilidad y dignidad. La capacitación, selecta y adecuada, de los aspirantes al ejercicio de la magistratura judicial, adquiere, en este renglón, importancia innegable.

2) *Estabilidad en el desempeño de sus funciones*. También punto esencial, ya que el juez no debe estar ligado a los inciertos y tortuosos avatares de la fluctuante política. La inamovilidad, al menos en ciertos niveles de la judicatura, viene imponiéndose, claro está que con graduaciones sistemáticas distintas, pero que, en términos generales, significa que el juez, una vez designado, no puede ser retirado de su función hasta la jubilación, y mientras observe buena conducta.

3) *Remuneración suficiente y digna*, eso sí, con la prohibición terminante de dedicarse a otras actividades, y no disminuíble durante el tiempo de su encargo, de conformidad con un principio angloamericano consagrado en la Constitución federal de los Estados Unidos de 1787, artículo 30, sección I.

4) *Autonomía financiera de los organismos judiciales*. Tendencia detectada en algunas leyes fundamentales, con el fin de que el presupuesto de los mismos no dependa de los otros órganos de poder, indicando Fix¹⁵ el ejemplo de Costa Rica, cuyo artículo 177 constitucional asigna al Poder Judicial una suma no menor del seis por ciento de los ingresos ordinarios del Estado, fijados en el presupuesto de ingresos y calculados para el año económico.

5) *Sistema adecuado de responsabilidad judicial*, con una doble operatividad: de un lado, exigiendo para el enjuiciamiento de los jueces ciertos requisitos de procedibilidad, que los pongan a salvo de las pasiones y rencores de los restantes órganos del poder, y del otro, la correlativa de un eficiente procedimiento para exigir responsabilidad oficial (tanto administrativa, como civil y penal), en que incurran los jueces, en caso de infracción de las disposiciones legales en que cimentan su actuación.

Vemos, por consiguiente, la trascendencia de la jurisdicción en los Estados modernos, y las líneas maestras delimitadoras de la función jurisdiccional, claro está que con carácter meramente descriptivo, y sin pretensiones de exhaustividad, dadas las características de este (pequeño) trabajo.

Estamos, por lo tanto, en condiciones de afrontar la noción de la jurisdicción constitucional, o, por decirlo con terminología del maestro Cappelletti,¹⁶ "jurisdicción constitucional de la libertad".

¹⁵ *Idem*, pp. 336, *ab initio*.

¹⁶ Cappelletti, Mauro, *La jurisdicción constitucional de la libertad* (trad. de Fix-Zamudio), México, UNAM, 1961, pp. 111 y ss.

El sagacismo jusprocesalista italiano entiende como “jurisdicción constitucional de la libertad”, “el conjunto de instrumentos procesales, (garantías en sentido estricto), que progresivamente se han implantado con la finalidad de tutelar los derechos del ser humano, con bases en la consideración de que los derechos humanos son, en esencia, derechos de libertad, en tanto que tales derechos facilitan a los gobernados una esfera jurídica de protección, que les permite —*in fine*— conseguir la realización de su personal destino con igualdad y dignidad”.

En esta jurisdicción constitucional de la libertad cabe distinguir dos medios de protección, de tutela, según el maestro Fix-Zamudio: ¹⁷ *unos*, utilizados para la inmediata y directa defensa de los derechos humanos, y *otros*, no enfocados directamente a esa protección, pero que —indirectamente— sirven al mismo fin.

Entre los primeros pueden citarse —sin perjuicio de otros— los medios procesales; así, el recurso de inconstitucionalidad, el juicio de amparo, el llamado mandamiento de seguridad, el amparo constitucional español reciente (3 de octubre de 1979) y el clásico *habeas corpus* anglosajón.

Respecto de los segundos, de los medios indirectos, se encuentra el procedimiento o proceso administrativo, denominado contencioso-administrativo, y el control jurisdiccional de las leyes, realizado con carácter excepcional, en su aspecto constitucional, referido a aquellas situaciones en que es posible reclamar, ante los juzgadores comunes, la presunta inconstitucionalidad de los preceptos legales de aplicación en un procedimiento ordinario.

Stricto sensu (indica Fix-Zamudio),¹⁸ el estudio de la jurisdicción constitucional sólo debe comprender el análisis de los instrumentos de carácter procesal, es decir, los que se hacen valer ante los tribunales ordinarios o especializados en controversias constitucionales, para la protección oportuna y efectiva de los derechos humanos consagrados en la ley suprema.

Ahora bien, dada la situación actual en referencia a la jurisdicción constitucional, resulta necesario ampliar el examen a los instrumentos que, en ausencia de medios específicos, han asumido la tarea de proteger, con mayor o menor eficiencia, los propios derechos del hombre,

¹⁷ Fix-Zamudio, Héctor, “La protección procesal de las garantías individuales en América Latina”, en *Revista de la Comisión Internacional de Juristas*, Ginebra, diciembre, 1968, pp. 76 y 77.

¹⁸ Fix-Zamudio, Héctor, *La protección procesal de los derechos humanos*, Madrid, UNAM-Civitas, S.A., 1982, p. 57.

o aquellos otros completadores de la tutela encomendada a los remedios específicos, ya que la protección de los derechos humanos, en términos generales, no suele confiarse a un solo instrumento, sino a varios, que —conjuntamente— integran la jurisdicción constitucional, o acaso (como dice el maestro Fix-Zamudio), la justicia constitucional.

Respecto a la dicotomía, señalada *supra* por el ilustre investigador mexicano, en la diferenciación entre jurisdicción y justicia constitucionales.

Realmente se trata de un problema terminológico, y en este sentido el pensamiento del profesor Fix-Zamudio ha evolucionado desde su postulación del empleo de la expresión "justicia constitucional" al dubitativo "acaso la justicia constitucional", consignado *in fine*, de la página anterior de este trabajo.¹⁹

Entendía el maestro que el término "justicia constitucional" era el más adecuado por dos motivos: uno, de carácter filosófico, y otro, de naturaleza jurídica.

En efecto (sigue Fix), al emplear la denominación de justicia constitucional se pretende, *prima facie*, subrayar la connotación eminentemente axiológica de los instrumentos establecidos para estos fines, y estos fines no son otros que los de la efectividad de las normas fundamentales. Pero ocurre que esas normas fundamentales no únicamente contienen las bases de organización y funcionamiento de los organismos del poder, sino también, y esencialmente, los principios valorativos supremos, según los cuales debe conformarse el entero andamiaje del ordenamiento jurídico. Advierto, pues (y corro íntegramente con el riesgo de equivocarme), un rescoldo jusnaturalista en el pensamiento del maestro mexicano.

Y para apoyar su nomenclatura, Fix-Zamudio²⁰ cita las palabras del maestro itálico Mauro Cappelletti: "... en la concepción más moderna, la norma constitucional no es otra cosa que un ensayo, tal vez imposible y casi podríamos calificarlo de 'faústico', pero profundamente humano y digno de ser intentado, en transformar en derecho escrito los supremos valores, la pretensión de 'encerrar' de 'definir' en una norma positiva, lo que por su naturaleza es inasible e indefinible; lo absoluto."

¿Y qué sucede con el ángulo estrictamente jurídico? Al respecto, Fix-Zamudio nos indica que los constitucionalistas franceses hablan

¹⁹ Fix-Zamudio, Héctor, *Veinticinco años de evolución de la justicia constitucional*, México, UNAM, 1968, pp. 12 y ss. Basta comparar este texto con la *protección procesal de los derechos humanos*, 1982, para constatar la evolución señalada.

²⁰ *Idem*, pp. 13, 14 y 15.

de "control de la constitucionalidad", los alemanes e italianos de "jurisdicción constitucional", aunque con matizaciones diferenciables, y los anglosajones de *judicial review* ("revisión judicial").

Pero es, precisamente, con base en las ideas de James y Roberto Goldschmidt de carácter general en su formulación (aunque aplicables a la esfera constitucional) sobre la existencia de un "derecho justicial", lo que permite al comparatista mexicano hablar de la "justicia constitucional". Y es que los Goldschmidt entienden como "derecho justicial" aquel que señala a ciertos órganos del Estado la conducta que deben seguir, para imponer, si es preciso, coactivamente, los mandamientos jurídicos, cuando no son observados voluntariamente por los destinatarios.

Tras lo anterior, Fix-Zamudio²¹ conceptúa la "justicia constitucional" como "el conjunto de procedimientos de carácter procesal, por medio de los cuales se encomienda a determinados órganos del Estado, la imposición forzosa de los mandamientos jurídicos supremos, a aquellos otros organismos de carácter público que han desbordado las limitaciones, que para su actividad se establecen en la misma Carta Fundamental".

Y estimaba (Fix-Zamudio) que el concepto de jurisdicción constitucional resulta demasiado limitado, pues —*stricto sensu*— sólo comprende el estudio de la actividad de verdaderos tribunales, considerados formal y materialmente, que conocen y resuelven las controversias de orden constitucional, de manera específica, es decir, que los citados tribunales están especializados en la decisión de los conflictos de carácter constitucional, y aunque la tendencia es creciente hacia la configuración de esos órganos jurisdiccionales especializados, existen regímenes donde las normas de carácter justicial constitucional se atribuyen a órganos de carácter político, o bien a los jueces ordinarios.

En resumen, el maestro Fix, congruente con su pensamiento, 1968 a la fecha, postula un concepto amplio y flexible de la jurisdicción constitucional, en el que caben instrumentos no calificables de procesales, en sentido estricto; pero que constituyen medios adecuados para la rápida y eficaz tutela, por lo menos en un plano teórico, de los derechos humanos.

²¹ *Idem*, p. 15.

III. DERECHO PROCESAL Y DERECHO CONSTITUCIONAL

Lleva razón Alcalá-Zamora y Castillo,²² cuando afirma que ya conocemos lo que es la jurisdicción; pero ignoramos dónde está ubicada. Dicho en otros términos, la jurisdicción, en cuanto institución, ha sido estudiada, conjuntamente, simultáneamente, por los procesalistas y por los constitucionalistas; pero desde perspectivas distintas, sin pretender una conjunción analizadora que desemboque en la unicidad de criterios entre los juristas de las dos disciplinas.

Por consiguiente, afirma Fix-Zamudio, la novedad consiste en estudiar lo que se ha denominado "trilogía estructural" (jurisdicción, acción y proceso), tanto desde el punto de vista procesal como desde el prisma constitucional, con la finalidad última de conseguir un común criterio, que permita un consenso explicatorio aplicable por los especialistas en ambas materias.

Y Fix-Zamudio indica el despertar de la conciencia, entre procesalistas y constitucionalistas, sobre la conveniencia de unir sus esfuerzos en pos de la profundización y seriedad en el estudio de las instituciones procesales fundamentales.²³ Esto ha venido a poner de manifiesto que, en contra de lo estimado en otras épocas, en la nuestra es necesario destacar la recíproca implicación político-constitucional (no exclusivamente técnica) de esas instituciones fundamentales. En este sentido, puntualiza el profundo investigador mexicano, puede hablarse de la relativización de la concepción de la jurisdicción y del proceso, con propósito semejante al del gran Calamandrei,²⁴ en referencia a la acción.

Realmente, el proceso judicial, considerado como método legal para la válida obtención de una sentencia, demanda que éste se plantee, desarrolle y finalice de conformidad con unas reglas que respeten y aseguren los derechos fundamentales de la persona, del ser humano. El proceso mismo (señala Almagro)²⁵ responde a la necesidad de tutelar el derecho a la defensa jurídica de todos los demás derechos, quedando instrumentado como un derecho a la jurisdicción.

Ocurre, por consiguiente, que las reglas intermedias que garantizan la justicia sobre la decisión de fondo, se erigen —también— en normas

²² Alcalá-Zamora y Castillo, Niceto, *Proceso, autocomposición y autodefensa*, 2a. ed., México, UNAM, 1970, pp. 103 y ss.

²³ Fix-Zamudio, Héctor, "El pensamiento...", *cit.*, p. 318.

²⁴ Calamandrei, Piero, "La relatividad del concepto de acción", en *Estudios sobre el proceso civil* (trad. Sentís Melendo), Buenos Aires, EJE, 1961, pp. 135 y ss.

²⁵ Almagro Nosete, José, "Garantías constitucionales de proceso civil", en *Justicia 81*, Barcelona, núm. especial, Librería Bosch, 1981, pp. 11 y ss.

que establecen limitaciones, permisiones o regulaciones, conformadoras de un difícil pero necesario equilibrio entre los derechos de las partes, entre los deberes de las mismas, y la función judicial, que afecta a aquellos derechos básicos. En definitiva, el proceso no persigue sino la solución justa del caso concreto, en coherencia con el ordenamiento jurídico en su totalidad, y salvaguardando lo más noble, del mismo, es decir, el núcleo básico de los derechos humanos.

No hace falta mucha profundización para comprender que, en esas condiciones, la relación derecho procesal-derecho constitucional se torna evidente y necesaria, pues la posible afectación de derechos fundamentales del ser humano exige la bipolaridad coincidente y congruente, de ambas ramas jurídicas.

Por otra parte, el moderno movimiento constitucional ha supuesto la formalización de los derechos humanos en textos escritos de rango supremo, que prodigan declaraciones y expresos reconocimientos de esos derechos.

Pero, como no podía por menos que ocurrir, no son sólo los derechos sino también las garantías inherentes a su efectiva observancia las que se incluyen en esos textos supremos, con lo que se refuerza y protege su aplicabilidad. En lógica secuencia, las normas procesales, en que muchas de aquellas garantías se traducen, quedan establecidas en la Constitución.

Al principio, estas normas eran pocas (así, al menos, se deduce del derecho histórico y comparado), y venían referidas, fundamentalmente, a la regularización de la jurisdicción y a los derechos del justiciable en el terreno penal; pero —con posterioridad— se fueron ampliando, concretando y puntualizando con mayor claridad, amplitud y concisión, abarcando el campo civil, laboral, agrario, administrativo, fiscal, etcétera. En algunos casos, no por una exteriorización expresa, constitucionalmente hablando, sino más bien por el camino de la inferencia lógica teniendo en cuenta los objetivos y las restantes reglas constitucionales.²⁶

La confluencia entre derecho constitucional y derecho procesal (tal como se ha indicado en el apartado I de este pequeño trabajo) da origen a dos nuevas disciplinas, es decir, al derecho procesal constitucional y al derecho constitucional procesal. Cúmplenos, aquí, ocuparnos del primero, del segundo se hará en el siguiente capítulo.

²⁶ Trocker, Nicolo, *Proceso civile e costituzione, Problemi di Diritto tedesco e italiano*, Milano, Giuffré, 1974, pp. 20 y ss.

Pero la toma de conciencia, en los pueblos latinoamericanos, de la coincidencia entre procesalistas y constitucionalistas tiene una de sus más claras manifestaciones en el I Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional de 1975, en donde la recíproca influencia de ambas disciplinas fue plenamente señalada al estudiarse la función de los poderes judiciales en los sistemas constitucionales latinoamericanos, llegándose a aprobar una recomendación en el sentido de que es necesaria una aproximación entre constitucionalistas y procesalistas científicos con la finalidad esencial de estudiar las materias comprendidas en la zona fronteriza entre las dos disciplinas y relacionadas, directa e inmediatamente, con las funciones propias de los organismos judiciales.³¹

En conclusión: actualmente, cuando la complejidad de la vida moderna, cuando la "tecnologización" creciente lo invade todo, hasta el último reducto de nuestra existencia, la aparición del procesalismo científico, con la teoría general del proceso como aglutinante, junto a los lineamientos prevalecientes en las constituciones más recientes, respecto de las garantías judiciales, dan lugar a esta interrelación coherente en el enfoque.

Por consiguiente, el derecho procesal constitucional se erige en la rama más joven del procesalismo científico, cuyo alumbramiento, con carácter sistemático, parece atribuible al líder de la llamada Escuela de Viena, y cuyo objeto es el estudio de los instrumentos procesales garantizadores del cumplimiento de la normativa constitucional. Dichos instrumentos, utilizando la terminología de James y Robert Goldschmidt,³² quedan comprendidos en lo que los citados autores denominaron "justicia formal".

Para terminar, ahora sí definitivamente, es importante señalar que el derecho procesal constitucional incluye, en su objeto de estudio, los instrumentos de garantía en sentido estricto, que han ido adquiriendo cada vez una importancia mayor, dada la toma de conciencia de que las normas constitucionales que tradicionalmente y en su mayoría carecían de medios eficaces de imposición a sus destinatarios (generalmente poseedores del carácter de autoridades), deben disponer del instrumental procesal necesario para obtener su cumplimiento.³³

³¹ Primer Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, "Derecho y realidad constitucional en América Latina", México, UNAM, 1975, pp. 15 y ss.

³² Goldschmidt, James y Robert, *Derecho justicial material y derecho justicial material civil*, Buenos Aires, Edit. Depalma, 1959.

³³ Fix-Zamudio, Héctor, "Introducción al estudio de la defensa de la Constitución", en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, núm. 1, enero-abril de 1969, pp. 108 y ss.

IV. DERECHO CONSTITUCIONAL PROCESAL

De las relaciones, directas y estrechas, entre los estudiosos constitucionalistas y procesalistas ha surgido, en nuestra época, el planteamiento de toda una problemática confluyente del derecho constitucional y del derecho procesal, que ha propiciado la consideración, de orden científico, pero también con específicas connotaciones sociopolíticas, de la necesidad de someter los órganos del poder a la acción de la justicia.

Esto comporta lo que Fix-Zamudio³⁴ ha llamado "justificación del poder"; expresión gráfica con la que el maestro trata de describir las transformaciones del derecho público actual, conforme a las cuales los órganos del poder no sólo deben proceder "racionalmente", es decir, con criterio meramente lógico, sino según "las exigencias supremas de la justicia".

Anticipando lo que más tarde se dirá del Estado social de derecho, en cuanto Estado de justicia, caracterización actual del viejo concepto del Estado liberal e individualista, periclitado tras cumplir su periplo vital y su función histórica, puede afirmarse que, constitucionalmente hablando, tal concepción estatal implica una doble consideración de las categorías procesales: de un lado, es necesario el sometimiento de los órganos del poder a la justicia (o sea, al proceso), y del otro, resulta indispensable el fortalecimiento del poder de la justicia, en otras palabras, dotarla de eficacia y hacerla accesible a los gobernados, lo que equivale a la consagración del importante derecho humano a la justicia o a la jurisdicción.³⁵

La estimación del primer aspecto, señalado *ut supra* (efectividad de las disposiciones constitucionales mediante los instrumentos procesales), permite hablar de la *justicia constitucional*; mientras que, si queremos referirnos a la regulación constitucional de los institutos procesales, Fix³⁶ postula la utilización de la expresión "constitucionalización de la justicia". De ahí, que el estudio sistemático del primer aspecto cristalice en el derecho procesal constitucional, y el del segundo en el derecho constitucional procesal.

Esta última norma jurídica (derecho constitucional procesal) es conceptuada como "aquella rama del derecho constitucional que se ocu-

³⁴ Fix-Zamudio, Héctor, *Veinticinco años...*, cit., p. 11.

³⁵ Gelsi Bidart, Adolfo, "Proceso y garantía de derechos humanos", en *Revista de Derecho Procesal Iberoamericano*, Madrid, 1971, pp. 43 y ss.

³⁶ Fix-Zamudio, Héctor, *Veinticinco años...*, pp. 9 y ss.

pa del estudio sistemático de los conceptos, categorías e instituciones procesales consagradas por las disposiciones de la Ley Fundamental". Afirma Fix-Zamudio que el honor de ser uno de los primeros juristas, no sólo latinoamericano sino a escala mundial que advirtió la necesidad del análisis científico de las normas constitucionales reguladoras de las instituciones procesales, corresponde al maestro uruguayo Couture.

Estimaba que la ley procesal, aparte de ser fiel intérprete de los principios constitucionales, debe instaurar un régimen del proceso y, especialmente, de la acción, de la defensa y de la sentencia estrictamente basados en la ley, como manifestación reglamentaria de la garantía de justicia contenida en la Constitución.³⁷

Precisamente, en las Primeras Jornadas Latinoamericanas de Derecho Procesal, en Montevideo, República Oriental del Uruguay, en marzo de 1957, las ideas de Couture despertaron la atención para el estudio de las garantías constitucionales del proceso, aprobándose las siguientes conclusiones:

I. La Constitución, ya sea por el texto de sus normas o por contenido o sustancia política de las mismas, o por ciertas valoraciones político-sociales implícitas en ellas, impone un cierto tipo de proceso adecuado a la naturaleza de los derechos cuya vigencia se requiere garantizar, y a la teoría jurídico-política que inspira dicha Constitución.

II. La ley procesal, concebida como reglamentación de los principios constitucionales del debido proceso, debe asegurar el libre acceso de los particulares a los tribunales, el derecho de defensa y de prueba, la independencia, autoridad y responsabilidad de los jueces.

III. Debe afirmarse como inconciliable con toda organización de tipo democrático republicana, cualquier forma de proceso que, bajo pretexto de acrecentar los poderes del juez o asegurar la modalidad y la verdad en el proceso, implique introducir principios y modalidades del proceso, propias de la concepción autoritaria del Estado.

Pero la semilla había germinado, y se fueron agrandando las posibilidades del cultivo de la nueva disciplina, aunque se tocaran otros aspectos no necesariamente conectados con la temática de las garantías constitucionales, y a las Primeras Jornadas siguieron otras.³⁸

³⁷ "Resumen general de las jornadas", *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, Montevideo, enero-marzo de 1958, pp. 2 y ss.

³⁸ Alcalá-Zamora y Castillo, Niceto, "Crónica del Primer Congreso Mexicano y

La cita de las distintas jornadas celebradas nos está vedada, por obvias razones de tiempo y elementalidad de la tarea; pero cabe resumir que hubo conclusiones referentes a las garantías constitucionales en los procesos civiles y penales; así (señala Fix),³⁹ la relativa a que los procedimientos garantizarán los derechos de las partes, concediéndoles razonables posibilidades de defensa y de desahogo de pruebas; aseguramiento de la efectiva igualdad de las partes en todas las actividades procesales; ajustamiento, real y fiel, de las leyes procesales penales a los principios proclamados, en 1948, en las Declaraciones Americana y Universal de los Derechos Humanos y en las constituciones de cada país; leyes procesales penales orientadas a obtener un equilibrio razonable entre el interés de la colectividad por el triunfo de la verdad y la justicia y el derecho individual a la libertad de la persona, etcétera.

Esta actitud se dio, y continúa dándose, en el derecho continental europeo; de ahí el interés de la doctrina y de la jurisprudencia para el examen de las garantías constitucionales de carácter procesal (inclusive en el proceso civil), en el cual la vinculación con las disposiciones fundamentales resulta menos evidente que en la materia penal o en la administrativa, situación que se aceleró a partir del triunfo de las democracias occidentales en la Segunda Guerra Mundial.⁴⁰

En el viejo continente, los dos países más adelantados en el estudio de la ciencia del proceso, del denominado procesalismo científico, es decir, Italia y la República Federal Alemana, reflejan, en sus respectivas cartas fundamentales, de forma expresa los principios esenciales de las garantías judiciales o "garantías de justicia".

Calamandrei⁴¹ y Troker,⁴² entre otros distinguidos cultivadores de la disciplina, son hitos representativos de esa dirección. Ambos maestros indican la influencia de los preceptos constitucionales en la democratización del proceso; tan es así, que Calamandrei nos habla de que una de las connotaciones más caracterizadoras de las modernas constituciones reside, precisamente, en la "constitucionalización de las garantías de igualdad procesal".

Por su parte, Trocker (en la obra referida en la nota 26 de este trabajo) hace más o menos las mismas observaciones respecto de los

de las Segundas Jornadas Latinoamericanas de Derecho Procesal", en *Revista de la Facultad de Derecho de México*, núms. 37-40, enero-diciembre de 1960, pp. 18 y ss.

³⁹ Fix-Zamudio, Héctor, "El pensamiento...", *cit.*, p. 324.

⁴⁰ *Idem*, p. 325, *ab. initio*.

⁴¹ Calamandrei, Piero, "Processo e democrazia", en *Opere Giuridiche*, Napoli, vol. I, 1965, pp. 691 y ss.

⁴² Trocker, Nicolo, *Processo e costituzione*, *cit.*

ordenamientos constitucionales italiano y teutón. En este sentido, la Constitución itálica de 27 de diciembre de 1947 (en vigencia desde el primero de enero de 1948), artículos 24 y 25 y demás concordantes, y la ley fundamental de la República Federal Alemana (Constitución de Bonn, promulgada en mayo 23 de 1949), artículos 20, fracción segunda, 92 y 97 y concordantes, consigna esta "constitucionalización" de los principios fundamentales del proceso.

Trayectoria análoga cabe advertir en la Constitución de la V República Francesa, de la monarquía social, democrática y representativa española y en la dimanante de la llamada "revolución de los claveles" en Portugal.

Claro está que todos esos preceptos constitucionales han sido objeto de una amplia y profunda elaboración jurisprudencial por los correspondientes tribunales constitucionales, que —en resoluciones diferentes— han precisado la correcta aplicación de las disposiciones supremas a las diversas ramas procesales, predominantemente en la esfera penal pero también en la civil.

Un hito sustancial en el desarrollo de la disciplina que nos ocupa, lo constituyó el Coloquio de Florencia, en la República italiana (septiembre de 1971), sobre "Garantías constitucionales de las partes en el proceso civil". Las comunicaciones, presentadas al mismo, lo fueron no sólo desde el punto de vista nacional, sino también regional, interno de cada país, derecho internacional y derecho comparado.

El Coloquio de Florencia dio lugar a la publicación de una obra, en donde puede verse la explicación de su actividad, juntamente con el informe general del ilustre Cappelletti.⁴³ A partir de este momento, pueden considerarse establecidas las bases, firmes y seguras, de la nueva, interesante y necesaria disciplina jurídica, ubicada en la mismísima zona de confluencia de los derechos constitucional y procesal, es decir, del derecho constitucional procesal. Fix concluye por afirmar que así como es justicia conceder a Hans Kelsen la paternidad del derecho procesal constitucional, no lo es menos el atribuir la misma paternidad, en referencia al derecho constitucional procesal, al procesalista uruguayo Eduardo J. Couture.

⁴³ Trocker, Nicolo, "Svolgimenti giurisprudenziali in materia di garanzie costituzionali del processo civile nella Repubblica Federale Tedesca", en *Rivista Trimestrale Di Diritto e Procedura Civile*, Milano, 1970, referida al proceso civil pero de aplicación general; Cappelletti, Mauro; Tallon, Denis (colectivo), *Fundamental Guarantees of the Parties in civil Litigation. Les garanties Fondamentales des Parties dans le Proces Civil*, Milano-Dobbs Ferry, New York, 1973, pp. 3 y ss.

Muy recientemente, Fix-Zamudio (en sus *Explicaciones de cátedra*, en la División de Estudios de Posgrado, Facultad de Derecho, UNAM, curso 1983-84), definió el derecho constitucional procesal como "el estudio del conjunto de normas reguladoras del funcionamiento del Poder Judicial y de lo referente al debido proceso legal (acción, garantías, etcétera)".

V. CONTENIDO DEL DERECHO CONSTITUCIONAL PROCESAL

En general, una de las más difíciles tareas de toda ciencia, y la dificultad se acrecienta si, como ocurre en nuestro caso, se trata de una ciencia joven, es la determinación de su objeto de estudio, y consecuentemente de su contenido o integración.

En el supuesto del derecho constitucional procesal, ciencia fronteriza, se da la circunstancia de que sus instituciones forman parte tanto del derecho constitucional como del procesal, de ahí que la separación de sus distintos sectores no deje de ser, en definitiva, más que un recurso de sistematización con vista a lograr una mayor penetración intelectual en la materia.

No obstante la certeza de lo anterior, Fix-Zamudio⁴⁴ señala como posible contenido del derecho constitucional procesal:

1) La función jurisdiccional, función judicial, en síntesis, la jurisdicción considerada desde el punto de vista constitucional. Al efecto, hacía referencia a que Rabasa ("el bueno", como, con singular gracejo y picardía, lo denominaba el inolvidable maestro Piña y Palacios, en sus *Explicaciones de cátedra* del curso 1981-82) decía que el Poder Judicial no era tal poder, pues carecía de autoridad e independencia, aunque fuera una función ciertamente importante.

2. Organización del Poder Judicial.

3. Garantías judiciales (independencia, estabilidad, renumeración, responsabilidad, autoridad de la judicatura).

4. Derecho de acción (autodefensa, entendida como derecho de las partes a la satisfacción de sus pretensiones), conceptualizado como derecho subjetivo-público, que tienen las personas para exigir la prestación de la actividad jurisdiccional.

Derecho, pues, de carácter constitucional, y su nocificación, en la actualidad, ha evolucionado desde su consideración estrictamente individual (de raíz formulista) hacia una estimación más social, es decir, como un derecho a la justicia; en este sentido abrió paso el derecho

⁴⁴ Fix-Zamudio, Héctor, *Explicaciones de cátedra*, cit.

procesal laboral. (En México, basta con recordar el carácter eminentemente tutelar-social de las reformas al proceso laboral.)⁴⁵

El asesoramiento jurídico adviene en una auténtica asistencia de seguridad social. La reforma mexicana, de diciembre de 1979, por iniciativa, una de las más nobles de su sexenio, del presidente López-Portillo y Pacheco, apareció en el *Diario Oficial* de la Federación del 4 de enero de 1980.

5. Derechos de las partes en el proceso, idea del debido proceso legal (en él, el derecho de defensa).

6. Instrumentos auxiliares del proceso, la función preventiva del derecho para descargar de trabajo a los tribunales, y dejar el proceso, en exclusiva, para lo estrictamente conflictivo.

7. El *ombudsman*, defensor del pueblo, defensor parlamentario, y con mucha amplitud, en México, la Procuraduría de la Defensa del Consumidor, del Trabajador, tecétera; se trata de mecanismos de intermediación, de organismos de apoyo, y no sustantivos de la actividad jurisdiccional.⁴⁶

Sin embargo, es todavía relativamente poco abundante una delimitación precisa de los campos incidentes en esta ciencia de frontera, aunque haya intentos notables tal como el realizado por mi maestro, en la licenciatura de derecho, profesor Gutiérrez-Alviz y Armario,⁴⁷ quien —en referencia al derecho constitucional de justicia en la ley fundamental portuguesa de 1976— distingue dos sectores esenciales: garantías constitucionales en relación con la organización jurisdiccional y garantías constitucionales en relación con los justiciables.

El primer sector (garantías constitucionales referentes a la organización jurisdiccional) que Fix⁴⁸ denomina “garantías judiciales”, comprende los conceptos e instituciones previstos en la Constitución, cuya finalidad es conferir eficacia a la función jurisdiccional, dotando a los tribunales de independencia e imparcialidad. El maestro Couture⁴⁹ las llama “garantías constitucionales de la jurisdicción”.

⁴⁵ Buen L., Néstor de, *La reforma del proceso laboral*, México, Porrúa, 1980.

⁴⁶ Fix-Zamudio, Héctor, *Explicaciones de cátedra*, cit.

⁴⁷ Gutiérrez-Alviz y Armario, Faustino, “La justicia según la Constitución portuguesa de 2 de abril de 1976”, en *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, Madrid, 1976, pp. 547 y ss.

⁴⁸ Fix-Zamudio, Héctor, *Constitución y proceso civil en Latinoamérica*, México, UNAM, 1974, pp. 9-53.

⁴⁹ Couture, Eduardo J., “Las garantías constitucionales del proceso civil”, en *Estudios de derecho procesal en honor de Hugo Alsina*, Buenos Aires, Ediar, 1946, pp. 761 y ss.

El segundo sector implicaría los “derechos constitucionales de los justiciables”, concebidos como derechos fundamentales de los gobernados para demandar y obtener una prestación jurisdiccional oportuna, eficiente e igualitaria, sustancialmente referidos a los derechos de acción y de defensa en su totalidad.

Un tercer sector (para Fix-Zamudio, derivación del segundo)⁵⁰ estaría constituido por el referente a los lineamientos esenciales del procedimiento “garantías constitucionales del proceso”), especialmente referidos al formulismo mediante el cual deben desenvolverse los actos procesales, de conformidad con los preceptos constitucionales.

El concienzudo investigador mexicano estima que la parte anterior es comprensible bajo la nomenclatura de “debido proceso” (en terminología de Couture), según la acrisolada tradición anglosajona del *due process of law*, que posee una extraordinaria amplitud de significados, y —obviamente entre ellos— el referente a los requisitos constitucionales procedimentales.

Y añade Fix-Zamudio que, en el concreto ámbito mexicano, este aspecto tiene su representación en las llamadas formalidades del procedimiento, lineamiento final del párrafo segundo del artículo 14 constitucional.

Las garantías constitucionales del procedimiento o del debido proceso tienen una íntima conexión con los derechos de las partes, o de los justiciables, ya que el fin último y directo del formulismo constitucional para el desarrollo del proceso es el establecimiento de las condiciones necesarias para que las partes puedan conseguir, en manera adecuada, la prestación jurisdiccional, lo que hace muy difícil la separación de los sectores examinados.

Y efectivamente es así porque esa separación (al igual que en el derecho penal sustantivo, ocurre con los elementos del tipo) solamente tiene un objetivo de estudio e investigación.

VI. ESTADO DE DERECHO Y JURISDICCIÓN

Como se ha dejado señalado en anteriores páginas de este trabajo, el predominio del Poder Ejecutivo sobre el Legislativo y el Judicial es una característica universalmente generalizada de nuestra época. El fenómeno se produce, inclusive, en aquellos regímenes cuya connotación más específica es su presunto parlamentarismo. La tendencia en el crecimiento del Poder Ejecutivo parece irrefrenable. Tal vez ello no sea

⁵⁰ Fix-Zamudio, Héctor, “El pensamiento...”, *cit.*, p. 330.

más que el lógico resultado de la evidente transformación del concepto de Estado de derecho liberal en el Estado social de derecho de las democracias occidentales y en el de Estado socialista de las democracias reales de corte marxista-leninista y sucedáneos.

Y decimos lo anterior, porque tenemos la íntima convicción de que, por citar una fecha convencional pero sumamente significativa, a partir del crack de Wall Street de 1929 (octubre), el Estado de derecho liberal sufre un golpe definitivo e irreversible. Todos los Estados reciben la lección, y de ahí en adelante el “dejar hacer, dejar pasar” (símbolo de toda una época y de una concepción del mundo y de la vida), queda arrinconado y es sustituido por la mano bien visible del aparato estatal. El Poder Ejecutivo crece y tiende a crecer más todavía, y esto es plenamente válido no sólo para regímenes autoritarios, para aparatos políticos presidencialistas, sino también para los parlamentarios de corte más estricto.⁵¹

Quien esto escribe, recuerda muy bien que el profesor español Elías Díaz (en sus explicaciones en la Universidad de Salamanca) señalaba que las características del Estado social de derecho eran las siguientes:

1) La ley como expresión de la voluntad general, es decir, la integración del Parlamento (entendido como órgano legislativo), mediante elección por sufragio directo, secreto e inorgánico;

2) Principio de división de poderes (Ejecutivo, Legislativo y Judicial);

3) *Control jurisdiccional* de la actividad de la administración: Necesaria, añadía, dado el desmesurado crecimiento del Poder Ejecutivo, y

4) Garantía jurídico-formal de los derechos individuales. Enfatización en definitiva, de los aspectos formulistas de los derechos humanos, como paso previo necesario para su debida eficacia en el ámbito constitucional procesal.

Pero, lo anterior no es obstáculo para considerar que fue precisamente en el Estado de derecho liberal donde surgió el delicado equilibrio funcional de los tres famosos poderes enunciados por Montesquieu, y que pasaron —en 1789— al artículo 16 de la “Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano” en el sentido de que: “Toda sociedad en la cual la garantía de los derechos no está asegurada, ni la separación de los poderes determinada no tiene constitución”.

⁵¹ Biscaretti di Ruffia, Paolo, *Introducción al derecho constitucional comparado* (trad. Fix-Zamudio), México, UNAM, 1975, pp. 105 y ss.

Por ello, no le falta razón a Enrique Romero⁵² cuando afirma que el gran instrumento jurídico del Estado liberal es justamente el constitucionalismo, ya que a través de él consigue dos objetivos esenciales:

a) La Constitución establece "límites al poder", en contraposición al absolutismo monárquico.

b) La función sustancial de las constituciones reside, por consiguiente, en garantizar los derechos fundamentales del ser humano.

De ahí se deduce que la división de poderes o funciones, como más actualmente se le ha llamado, atiende al primer objetivo.

En esta línea de razonamiento, parece adecuado afirmar que la función jurisdiccional se erige en la divisa distintiva del carácter jurídico de un Estado estructuralmente constitucional.

Pero ocurre que, en el caso del Estado de derecho, también denominado Estado constitucional, la ley se vuelve en baluarte fundamental para la defensa de los derechos del hombre, y la jurisdicción queda proyectada, a partir de su reconocida e indubitada importancia social, a un mayor protagonismo político.

Ahora bien, ese protagonismo político (quizás dirigido a su efectivo reconocimiento como un poder estatal equiparable a los demás), requiere de una explicación puntualizadora; no se trata de politizar la jurisdicción, sino de emanciparla de cualquier vasallaje a los otros poderes, y ubicarla en una zona de imparcialidad e independencia respecto de ellos, para permitirle "la resolución de jurídica de los problemas políticos".⁵³

Claro está que la consecución del anterior objetivo, es decir, su efectiva cotización como verdadero poder estatal al nivel de los otros, no siguió el mismo camino en Europa continental que en América.

En el viejo continente, el Poder Judicial nace y se desarrolla (a los efectos que nos ocupan) con una evidente "disminución" respecto de los otros poderes. Reinaldo Vanossi⁵⁴ indica que es tenido como un poder desprendido del Ejecutivo, neutro ante las extralimitaciones del Legislativo y del propio Ejecutivo; pero que desde las constituciones revolucionarias hasta las de nuestro siglo, inclusive, los juzgadores han carecido de la facultad de declarar la inconstitucionalidad o de la potestad de examinar la constitucionalidad de los actos administrativos o

⁵² Enrique Romero, César, *Introducción al derecho constitucional*, Buenos Aires, Ed. Alfa, 1973, pp. 14 y ss.

⁵³ Linares Quintana, Segundo, *Tratado de ciencia del derecho constitucional*, Buenos Aires, Edt. Alfa, tomo IX, núm. 6024, pp. 404 y ss.

⁵⁴ Reinaldo Vanossi, Jorge, *Teoría constitucional*, Buenos Aires, Edt. Depalma, 1976 (tomo II), pp. 77 y ss.

legislativos. Su posición era la de un acatamiento total del texto de la ley, al que solamente podían interpretar; la ley es más sabia que el juez, que carece de facultad para crear, para integrar normas jurídicas. La voluntad general, manifestada en la ley, ha de ser respetada a ultranza; más aún, los jueces franceses podían incurrir en delito si pretendían invalidar una ley o un decreto.

Pero esta situación no es privativa de la Europa continental; si nos trasladamos al Reino Unido, en Inglaterra, los jueces británicos —en función del principio de la soberanía del Parlamento— no pueden atacar los actos legislativos; la ley debe ser obedecida. Es el órgano legislativo el que ha de revisar sus propias extralimitaciones, estableciendo el alcance de la ley impugnada.⁵⁵

Sin embargo, el pensamiento constitucional europeo, particularmente después de la Segunda Guerra Mundial, tomó conciencia de la necesidad de la creación de órgano, que pudiera controlar el desviacionismo constitucional factible de darse en la dinámica administrativa estatal, en la operatividad legislativa, y ese órgano no fue jurisdiccional sino político, en principio, para terminar convirtiéndose en un especializado tribunal constitucional o corte constitucional.⁵⁶

De lo anterior resulta la necesidad de analizar, ahora sí en mayor profundidad (aunque no la que nos gustaría, personalmente, por razones obvias de elementalidad de esta tarea), los tres sistemas en presencia; en otras palabras, trataremos de caracterizar el régimen austriaco, el norteamericano y el de los países socialistas.

No hay duda que al expandirse las funciones del Estado, incluso admitiendo la licitud de su expansión en consideración al atendimiento de necesidades sociales, populares, insoslayables, el control jurisdiccional de la dinamicidad estatal, *lato sensu*, adviene en una necesidad de comprender, investigar y racionalizar sistemáticamente todo el complejo problema y el entramado de soluciones inherentes al mismo.

La secuencia de la transformación del Estado de derecho liberal, clásico, en el Estado social de derecho, es descrita —muy claramente, por cierto— por Fix-Zamudio,⁵⁷ al afirmar que la organización política individualista y liberal se convierte en una organización política, en la que se reconoce la estructura grupal de la sociedad, y en la cual aparece la necesidad de armonizar los diversos intereses en presencia (sociales, económicos, políticos y culturales), cada vez más complejos, y

⁵⁵ Fix-Zamudio, Héctor, *Explicaciones de cátedra*, cit.

⁵⁶ Fix-Zamudio, Héctor, *Veinticinco años . . . cit.*, pp. 17 y ss.

⁵⁷ Fix-Zamudio, Héctor, *Introducción a la justicia administrativa en el ordenamiento mexicano*, México, El Colegio Nacional, 1983, p. 17.

todo ello culmina en el expreso consignamiento constitucional del nuevo concepto estatal.

Pero vayamos a los tres sistemas. García de Enterría,⁵⁸ ese espléndido juspublicista hispano, destaca que la Constitución, por una parte, configura y ordena los poderes del Estado por ella constituidos, y —por otra— establece los límites del ejercicio del poder y el ámbito de libertades y derechos fundamentales, así como los objetivos positivos y las prestaciones que el poder debe cumplir en beneficio de la comunidad.

En todos estos contenidos, la Constitución aparece como un sistema preceptivo, que emana del pueblo como titular, indiscutido e indiscutible, de la soberanía, en su función constituyente; esos preceptos van dirigidos tanto a los distintos órganos del poder (establecidos por la propia Constitución), como a los ciudadanos. De ahí que la vinculación, a la vez, de las autoridades y todos los ciudadanos a la norma constitucional resulte evidente, por sí misma, y, al propio tiempo, carácter señalizador del nuevo concepto social-estatal en contraposición a las viejas formas estatales, o a los privilegios de los autoritarismos de nuevo cuño.

La auténtica función de las constituciones se presenta, en el razonamiento del catedrático de la Universidad madrileña, con prístina claridad: “La Constitución jurídica transforma el poder desnudo en legítimo poder jurídico.” Y agrega el administrativista español: “El gran lema de la lucha por el Estado constitucional ha sido la exigencia de que el (arbitrario) *government by men* debe disolverse en un (jurídico) *government by law*.”

Sin embargo, la Constitución no sólo es una norma, sino precisamente la primera de las normas de un sistema jurídico, de un ordenamiento jurídico, considerado desde el punto de vista de su “integralidad”.⁵⁹ Es, por consiguiente, la norma fundamental, *lex superior*, y lo es por varias razones, todas ellas altamente cotizables desde el ángulo de enfoque del profesor hispano.

Primero. Porque la Constitución define el *sistema de fuentes formales del derecho*, de manera tal que sólo por dictarse conforme a lo dispuesto por la ley fundamental (órgano legislativo por ella designado, en cuanto a su composición, competencia y procedimiento), una ley será válida o un reglamento vinculante; en este sentido, es la primera

⁵⁸ García de Enterría, Eduardo, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid, Edt. Civitas, 1981, pp. 49 y ss.

⁵⁹ Tamayo y Salmerón, Rolando, *Sobre el sistema jurídico y su creación*, México, UNAM, 1976, muy relevantes, al respecto, los capítulos V, VI y VII.

de las "normas de producción", la *norma normarum*, la "fuente de las fuentes".

Segundo. Porque, en la medida en que la Constitución es la expresión de una intención fundamental (configuradora de un sistema entero que en ella se basa), tiene una pretensión de permanencia o duración, lo que parece asegurarle una superioridad sobre las normas ordinarias (carentes de una intención total tan relevante) (y limitadas a objetivos mucho más concretos, todos singulares dentro del marco globalizador y estructural previamente establecido por la Constitución).

La idea anterior determina:

a) La distinción entre un poder constituyente (de quien surge la Constitución) y los poderes constituidos por éste, de los que emanan todas las normas ordinarias. De aquí partió *~prima facie~* la llamada "rigidez" de la norma constitucional, que le asegura una denominada "superlegalidad formal", que impone formas reforzadas de cambio o modificación constitucional frente a los procedimientos legislativos ordinarios.

b) Pero también determina el reconocimiento de una "superlegalidad material", que garantiza a la Constitución una preeminencia jerárquica sobre todas las demás normas del ordenamiento (producto de los poderes constituidos por la Constitución misma, obra del superior poder constituyente). Esas demás normas sólo serán válidas si no contradicen, no ya sólo el sistema formal de producción de las mismas que la Constitución establece, sino *~y sobre todo~* el cuadro de valores y de limitaciones del poder que en la Constitución se expresa.

En un plano formal, puede decirse que la "superlegalidad material" asegura, en último extremo, la "superlegalidad formal" o "rigidez" de la Constitución. al imponer que toda decisión normativa, que comporte salirse del marco constitucional, tenga que ir precedida (bajo pena de nulidad), de una reforma constitucional acordada por sus cauces propios.⁶⁰

La larga cita del profesor García de Enterría, en mi modesto juicio, está más que justificada por la gran claridad que arroja sobre la necesidad y eficacia de la operatividad de la jurisdicción constitucional.

El sistema americano, precisamente, atribuye a la Constitución el valor normativo superior, por encima de las leyes ordinarias, determinante del valor de éstas, y valor superior judicialmente tutelado. En esencia, ésta es la fundamental aportación del constitucionalismo norteamericano-

⁶⁰ García de Enterría, Eduardo, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, cit., p. 50.

no (junto a su federalismo), y por supuesto su gran innovación en relación con el tradicionalismo británico, del que —no obstante— dimana.

De ahí que no le falte razón a Grant,⁶¹ cuando afirma que si hay alguna teoría definitivamente establecida en la ley inglesa, es la de que la supremacía del Parlamento es legalmente incontestable; pero que, sin embargo, el sistema americano del control judicial de la constitucionalidad de las leyes fue un resultado de los antecedentes ingleses.

A partir de 1776, fecha de la independencia de Inglaterra, entre las primeras medidas tomadas por los Estados emancipados figuran la de reemplazar la carta colonial por constituciones. La secuencia seguida fue impecablemente lógica: puesto que cualquier ley contraria a las cartas había sido declarada nula por los tribunales, no es de sorprender que hubiera un considerable consenso para la opinión de que los tribunales deberían rehusar apoyo a cualquier ley adoptada en oposición a las sucesoras de las cartas, es decir, a las constituciones de los Estados.

En este contexto histórico, la Constitución federal de los Estados Unidos de 1787 resultó beneficiaria de esta corriente de opinión, y así se entendió que la nueva Constitución federal debería de prevalecer contra una ley del Congreso, y también contra una ley de un Estado en caso de conflicto.

El presidente de la Suprema Corte, Marshall, sostuvo (en el famoso caso de *Marbury contra Madison*)⁶² que:

La Constitución controla cualquier acto legislativo que se le oponga. . . Entonces un acto legislativo contrario a la Constitución no es una ley. . . Una ley del Congreso que pugne con la Constitución, debe considerarse inexistente. . . Si pues los tribunales deben tomar en cuenta la Constitución y la Constitución es superior a toda ley ordinaria del Legislativo, entonces la Constitución y no tal ley ordinaria, tiene que regir en aquellos casos en que ambas serían aplicables.

Conviene hacer notar, dada la trascendencia del pronunciamiento, que Marshall hablaba no solamente en referencia a las funciones de la Suprema Corte, sino en relación a todas las cortes, tanto de los Estados como federales, ya a las de primera instancia como a las de apela-

⁶¹ Grant, James Allan Clifford, *El control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes*, México, UNAM, 1963, pp. 29 y ss.

⁶² *Idem*, pp. 32 y ss.

ción. El parecer del magistrado norteamericano es sumamente claro, porque cada una de las razones, dadas para el reexamen judicial, es aplicable tanto al más modesto juez de paz como al más alto tribunal de la nación.

Las razones de Marshall eran las siguientes:

1) Es de la competencia y del deber del Poder Judicial el declarar cuál es la ley. Quienes aplican la regla a casos particulares, necesariamente tienen que establecer e interpretar esa regla. Si una ley se opone a la Constitución, el tribunal tiene que determinar cuál de estas reglas en conflicto rige el caso. *Esto es la verdadera esencia del Poder Judicial.*

2) Los constituyentes vieron en la Constitución una ley que debería aplicarse a los tribunales tanto como al Poder Legislativo.

3) Si no, ¿por qué ordena que los jueces tomen juramento de obedecerla? Y terminaba su manifestación con estas palabras: "Así la terminología especial de la Constitución... confirma... que una ley contraria a la Constitución, es nula y que los tribunales, tanto como los demás Departamentos del Gobierno, están obligados por dicha Constitución."⁶³

Si no nos equivocamos, y creemos no hacerlo, los constitucionalistas norteamericanos (herencia de los primeros colonos) son herederos de la tradición jusnaturalista europea, en la que apoyan su conceptualización de un parámetro normativo superior a las simples leyes positivas, y este parámetro es el derecho natural, concebido en una doble vertiente de: *lex eterna* y *lex legum*, en definitiva, ley para todas las leyes.

Por ello, no le falta, antes al contrario, le sobra razón al maestro García de Enterría,⁶⁴ cuando nos indica que Locke (al que, junto con Coke, considera inspirador de los norteamericanos) realiza la tarea ingente de la conversión del abstracto derecho natural en los concretos derechos del hombre (derechos procedentes del estado de naturaleza del ser humano, que éste no transmite en el pacto social, sino que el pacto social es constituido precisamente para su garantía y efectividad), y culmina estableciendo el *supreme power* de la comunidad para preservar las libertades y las propiedades de los ciudadanos frente a cualquiera, inclusive frente al legislador. con lo que los derechos naturales, humanos, pasan a ser el último y definitivo indicador de validez de las leyes positivas. Pero esta doctrina implica algo más que una filosofía, es decir, desemboca en una técnica jurídica concreta: el

⁶³ *Idem*, p. 33.

⁶⁴ García de Enterría, Eduardo, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, cit., pp. 52 y 53.

common law, entendido en su aspecto jusnaturalista, puede y debe controlar las leyes del Parlamento y —en algunos supuestos— declararlas nulas; de ahí que el juez, por consiguiente, puede controlar al Parlamento.

Y, en lo señalado *ut supra*, reside —en esencia— la singular aportación norteamericana. Con lo anterior desaparece el dogma de la “soberanía absoluta del Parlamento”. La Constitución de 1787 consagra el principio del sometimiento de la validez de las leyes del Parlamento, del Congreso, a la congruencia efectiva con las normas constitucionales.

Por consiguiente, una vez que la fuerza vinculante del *higher law* se traslada a estas nuevas bases, la noción de la soberanía total del organismo legislativo común desaparece necesariamente, ya que no puede ser soberano un cuerpo creador de derecho subordinado, a su vez, a otro cuerpo creador de derecho, y, además (y esto es esencial para entender el hilo de nuestra argumentación), la simple forma constitucional escrita no habría podido, por sí sola, mantener el *higher law* como efectiva protección individual, si no se hubiese apoyado en la *judicial review*, es decir, en la facultad judicial de declarar inconstitucionales las leyes.

Pero ocurre que el basamento de la *judicial review* no aparece directamente diseñado de la Constitución de 1787. En el año 1795, el Tribunal Supremo norteamericano precisará, con toda nitidez, la distinción entre los sistemas inglés y americano. El primero, se nos dice, consagra la autoridad del Parlamento como trascendental y sin límites, no existe Constitución escrita, ni *fundamental law* coartadora del ejercicio del Poder Legislativo. El segundo, por contra, detecta una Constitución cierta y escrita, contenedora de la voluntad popular permanente, y es *the supreme law of the land*, superior al poder del Legislativo.

En resumen: el sistema americano, *por un lado*, construye la doctrina de la supremacía normativa de la Constitución, *y —por otro—* la instrumentalización, en su favor, del principio de la *judicial review*, que asienta, con firmeza, el poder de los organismos judiciales, es decir, de los tribunales, para declarar nulas (a los efectos de su no aplicabilidad) las leyes contradictorias de la Constitución. Y precisamente ésta es la doctrina, mantenida por Marshall en el asunto *Marbury contra Madison* (referido anteriormente).⁶⁵

Pero, quizás resulte conveniente reproducir las palabras de Grant,⁶⁶ en relación a la idea esencial del sistema americano: “En suma, la regla

⁶⁵ Grant, J.A.C., *El control jurisdiccional*, cit., pp. 34 y ss.

⁶⁶ *Ibidem*.

básica de nuestro sistema es que no hay un sistema especial para cuestiones constitucionales. Éstas se deciden según surgen en cada caso determinado, cualquiera que sea la naturaleza de los derechos en cuestión, o de los recursos que se promueven." La misma conclusión saca Mayer.⁶⁷

Dada la índole generalizadora, impuesta como tónica del presente trabajo, renunciamos al análisis de la posible ubicación procedimental del sistema norteamericano, tanto si se considera a través del *habeas corpus*, convertido en auténtico amparo penal, según el profesor Grant, o del *writ of error* (recurso de error), abolido en 1928, y reemplazado, en parte, por el "recurso discrecional de *certiorari*", o auto para avocarse al conocimiento del asunto.

Fix-Zamudio⁶⁸ sintetiza de esta manera las características del sistema norteamericano:

- 1) Cualquier juez puede decidir.
- 2) Cuestión previa, prejudicial.
- 3) Efectos limitados al caso concreto.

En cuanto al sistema austriaco, frente al norteamericano, denominado "control difuso", ha recibido la nomenclatura de "control concentrado",⁶⁹ y surge —merced al genio jurídico de Hans Kelsen— en la Constitución federal austriaca de 1920, que fue suprimida durante el siniestro periodo histórico del nazismo hitleriano, y su cohorte de asesinos pandilleros, y que tras la derrota del "Reich de los mil años", retornó a su vigencia con la redacción introducida por la reforma de 1929. La Ley de 1º de mayo de 1945 restableció la vigencia de la construcción kelseniana en la República de Austria, y el perfil definitivo de la Corte Constitucional austriaca plasma en la normación regulativa de 1953. Sin embargo, el antecedente histórico se encuentra en la ley fundamental (referente al Tribunal Supremo del Imperio austriaco), de 21 de diciembre de 1867. Dicha ley dio pábulo a la *Beschwerde* (queja), o sea al recurso constitucional.

La difusionalidad del sistema norteamericano radica en que la facultad del control de constitucionalidad no se agrupa en un órgano

⁶⁷ Mayer, Lewis, *El sistema legal norteamericano* (trad. de Anastacio Sánchez), 2a. ed., Buenos Aires, Omeba, 1961.

⁶⁸ Fix-Zamudio, Héctor, *Explicaciones de cátedra*, cit.

⁶⁹ Cappelletti, Mauro, *El control judicial de la constitucionalidad de las leyes en el derecho comparado* (trad. de Gómez Lara y Fix), México, UNAM, 1966, pp. 34 y ss.

único, sino que —por el contrario— corresponde, en términos generales, a todos los órganos judiciales de la nación.

En cambio, la concentración característica del sistema austriaco supone que un órgano, Tribunal o Corte Constitucional, diseñado expresamente para la función de la revisión judicial de las leyes, se encarga de asegurar la garantía efectiva de las normas constitucionales.⁷⁰

Realmente, el sistema austriaco significa la recepción, en Europa, del instrumento de justicia constitucional norteamericano. La recepción, apunta García de Enterría,⁷¹ se hace por una doble vía: el Imperio alemán y el Imperio austrohúngaro. El modelo teutón, que no hace fortuna, culmina y concluye en la Constitución germánica de Weimar, estableciendo un tribunal cualificado para el conocimiento de los conflictos entre los poderes constitucionales y específicamente de las contiendas entre territorios, entes territoriales, propios de la organización federal.

El austriaco (galvanizado por el impulso creativo del inefable Kelsen) recibe una consagración definitiva a escala internacional, transcurrido el negro periodo del nacionalsocialismo. Existen diferencias sustanciales entre la *judicial review* americana y el control del país del Tírol. Y una de las más relevantes es la ya indicada de difusionalidad y concentración.

Pero (en una muy clara exposición del maestro García de Enterría, penetrante hasta el mismísimo núcleo diferencial),⁷² se señala que la variante organizativa oculta una profunda significación por encima de su mera apariencia práctica.

Para Kelsen,⁷³ el control de constitucionalidad de las leyes queda configurado como una función constitucional, no estrictamente judicial, sino —según la terminología kelseniana— de “legislación negativa”.

En concreto, el Tribunal Constitucional no enjuicia ningún supuesto fáctico singular (tarea reservada al Tribunal *a quo*, promovedor del incidente de constitucionalidad), sino exclusivamente el problema puramente abstracto de compatibilidad lógica entre el pronunciamiento, también abstracto, de una ley y la norma (abstracta), de la Constitución. De ahí que Kelsen mantenga que no existe en juicio, puramente lógico, una verdadera aplicación de la ley a un caso particular y, por

⁷⁰ *Idem*, p. 42.

⁷¹ García de Enterría, Eduardo, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, cit., pp. 56, in fine.

⁷² *Idem*, p. 57.

⁷³ Kelsen, Hans, *La garantía jurisdiccional*, cit., pp. 471 y ss.

tanto, no se está en presencia de una actividad judicial, que supone una decisión singular.

La logicidad, realmente impecable, del razonamiento de Kelsen lo conduce a mantener *que*, hasta tanto el Tribunal Constitucional no haya declarado la ley inconstitucional (declaración con efectividad *erga omnes*, connotación característica de un acto legislativo, “fuerza de ley”, aunque aquí sea de abrogación), *dicha ley es válida*, lo cual justifica que los jueces y tribunales ordinarios no puedan inaplicarla.

En resumen, no se produce, como en la relación ley-reglamento (o en el sentido como el sistema americano de la *judicial review* aplica en la relación Constitución-ley), *un vicio de nulidad* de la ley inconstitucional, *sino una mera anulabilidad*.

De lo anterior se infiere que las sentencias del Tribunal Constitucional tienen naturaleza constitutiva y su valor es *ex nunc* y no retroactivo, sólo “pro futuro”; diferencia de especial relevancia con el sistema americano.

Naturalmente que —tras la construcción kelseniana— hay todo un basamento sociológico con muy concretas circunstancias crónicas y tópicas. Kelsen, teniendo delante el momento histórico del apogeo fascista europeo, trata de evitar el evidente peligro de un posible “gobierno de los jueces”, plenamente factible con una construcción sistemática tan sutil como la suya. Ese riesgo, tantas veces achacado al sistema americano, hubiera resultado de consecuencias catastróficas en la Europa de su tiempo.

Con la prohibición a los jueces y tribunales de inaplicar las leyes, el sistema del jefe de la Escuela de Viena pretende reforzar los mecanismos de sumisión de la jurisdicción a la legislación y de preeminencia parlamentaria en unos momentos, en que la judicatura tendía a valorar negativamente el acceso a las cámaras de nuevas fuerzas sociales y políticas (preponderantemente de izquierda), capaces de trastocar los denominados valores tradicionales, como apunta García de Enterría.⁷⁴

Kelsen, al conferir al Tribunal Constitucional la facultad de declarar, *ex nunc* y *erga omnes*, inconstitucional una ley, consigue, a la vez, asegurar la primacía de la Constitución sobre el Parlamento; pero al vedar, cuidadosamente, a ese Tribunal el enjuiciamiento de supuestos fácticos y casos concretos, y limitando su actuación a la reseñada función abstracta de definir la compatibilidad lógica entre dos normas igualmente abstractas, evita que el Tribunal Constitucional entre en

⁷⁴ García de Enterría, Eduardo, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, *cit.*, p. 58.

apreciaciones de hechos e intereses, y en la valoración y la pasión, que son inseparables de la resolución de casos concretos, y que en esas apreciaciones y valores pueda enjuiciar las leyes sobre el terreno de la oportunidad, sustituyendo con su juicio el juicio político de la exclusiva pertenencia del Parlamento.

En esta tesitura, el Tribunal Constitucional, en lugar de competir con el Parlamento, termina siendo su lógico complemento. No está facultado para indagar la relación de adecuación o no de la norma legislativa con el supuesto de hecho que intenta regular (no examina, pues, la eventual *injusticia* de la ley), sino que —en calidad de depositario de las categorías lógicas del ordenamiento— enjuiciará exclusivamente la *validez* de la ley, por vía de simple lógica racional, apartada de la necesidad de decidir las controversias de pleitos reales, actuando, pues, como un “legislador negativo”, si bien se trata de un legislador que no procede espontáneamente, sino a instancia de parte, y la parte es el juzgador *a quo*.⁷⁵

En realidad, el sistema austriaco de control concentrado implica que la inconstitucionalidad, y, consecuentemente, la invalidez (y, por tanto, la inaplicabilidad) de la ley, no puede ser determinada y declarada por cualquier juez como una simple manifestación de su poder-deber de interpretación y de aplicación del derecho a los casos concretos sometidos a su conocimiento. Por contra, los jueces comunes (civiles, penales o administrativos) son incompetentes para conocer de la cuestión de la inconstitucionalidad de las leyes, aunque sea con eficacia limitada al caso concreto.

En este aspecto, el maestro Cappelletti⁷⁶ indica que los jueces comunes tienen siempre la obligación de “aceptar como buenas” las leyes existentes, lo que comporta, para el procesalista italiano, una presunción de validez absoluta de las leyes, presunción que tiene eficacia operativa para todos los juzgadores, con la excepción del Tribunal de Corte Constitucional.

Lógicamente, la anterior presunción no se da, en manera alguna, en los sistemas de corte difuso o norteamericano.

Fix-Zamudio⁷⁷ sintetiza así las características del sistema austriaco:

1) Tribunal especial.

⁷⁵ *Idem*, p. 59.

⁷⁶ Cappelletti, Mauro, *El control judicial de la constitucionalidad de las leyes*, cit., p. 43.

⁷⁷ Fix-Zamudio, Héctor, *Explicaciones de cátedra*, cit.

- 2) Conceptuaciones principales, de fondo.
- 3) Los efectos de las decisiones adoptadas no se limitan al caso concreto, sino que afectan a todos, son resoluciones *erga omnes*.

García de Enterría,⁷⁸ resume que, para Kelsen, el Poder Legislativo se ha dividido en dos órganos: a) el Parlamento titular de la iniciativa política ("legislador positivo"), y b) el Tribunal Constitucional que elimina las leyes, que no respetan el marco constitucional, para mantener la coherencia del sistema.

El sistema socialista, es decir, aquel que se da entre las naciones afectas a la órbita ideológica del marxismo-leninismo, presenta específicas connotaciones como consecuencia de la aplicación del método dialéctico de Marx al análisis y solución de la problemática social. Sabido es que, de la impresionante construcción marxista, queda en pie. "vivito y coleando" por expresarlo con una locución castellana la metodología.

Marx⁷⁹ entendía que las "superestructuras" eran un reflejo de la base material, económica, de la sociedad. Estas "superestructuras" (religiosas, jurídicas, sociales, artísticas, deportivas, culturales en definitiva) expresaban la traducción exacta de las relaciones de producción, reveladoras, a su vez, de la base económica. La tensión entre las relaciones sociales de producción y las condiciones materiales de producción significaba el punto de ebullición máximo del inminente estallido revolucionario.

Dicho más claramente, la incongruencia manifiesta entre unas condiciones materiales de producción, irremisiblemente signadas por un increíble avance de la técnica, y unas relaciones sociales de producción basadas en la propiedad privada de los medios de producción por unos cuantos privilegiados frente a la organización eminentemente social de la producción, provocaría la ruptura y el consiguiente estallido de la "podrida envoltura capitalista", y daría paso avasallador al primer estadio de la revolución marxista, es decir, a la "dictadura del proletariado", fase necesaria para la llegada del "término final de la evolución", o sea la sociedad concebida por el maestro de Treveris (Alema-

⁷⁸ García de Enterría, Eduardo, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, cit., p. 59, *ab initio*.

⁷⁹ Marx, Karl, *El capital* (trad. Wescenlao Roces), 2a. ed., México, 3 tomos, Fondo de Cultura Económica, 1972; Marx, Karl, y Frederic Engels, *Obras escogidas*, Moscú, dos tomos, Edit. Progreso, 1977. La cita es meramente referencial, la síntesis corre, en sus aciertos y errores posibles, de mi cuenta y cargo.

nia), en toda su plenitud; estadio en donde el derecho (tal como lo entendemos nosotros, no marxista) saldría sobrando como cualquier otra forma de control social.

Incesario, por obvio, resulta señalar que los actuales regimenes comunistas (que no marxista, distinción de suma importancia, y análoga —por otra parte— a la del liberalismo de Adam Smith y David Ricardo, y el llamado capitalismo liberal) se encuentran en la primera etapa, es decir, la de la “dictadura del proletariado” (Marx moriría de infarto, si, resucitando, contemplara lo que se dice y, sobre todo, lo que se hace invocando su nombre, aunque siempre le quedaría el relativo consuelo de que a Smith y Ricardo le ocurriría lo mismo con Mister Reagan y sus “Chicago boys”), y en ella, con el sibilino concepto de la “democracia real”, cimiento indudable de la efectiva dictadura no del pueblo sino el partido, la elaboración constitucionalista, que nos ocupa, halla poca relevancia.

Lo anterior no quiere, ni puede ser entendido en el sentido de falta de elaboración de la jurisdicción constitucional en las naciones socialistas; existe esta producción jurisdiccional, pero estrictamente ubicada en el marco conceptual de la “legalidad socialista”. Quede hecha la aclaración para evitar malentendidos.⁸⁰

Los derechos humanos, consagrados en las constituciones de corte socialista, como lógica dimanancia de su fundamentación marxista-leninista, son contemplados en su contextualización de “legalidad socialista”, ya que los mismos no pueden considerarse como verdaderos y propios derechos subjetivos oponibles a la organización estatal, según la noción occidental, sino como posibilidades concretas, otorgadas a los gobernados y a las organizaciones sociales, con la finalidad de que puedan defender sus intereses jurídicos; pero con la inexcusable condición de que su utilización lo sea para el desarrollo de los objetivos de la sociedad socialista, y —*prima facie*— para robustecer la “dictadura del proletariado”.

Circunscribiéndonos (por elementales razones de economía y elementalidad del trabajo) al régimen soviético (por otra parte, base de partida de los demás países del bloque), cabe detectar una evolución de la protección jurídica de los derechos humanos. Evolutividad que viene signada, a su vez, por el acontecer histórico del fenómeno de la revolución de 1917.

⁸⁰ Terebilov, V., *El sistema judicial en la U.R.S.S.* (trad. de Pita), Moscú, Edit. Progreso, 1977, pp. 141 y ss.

La primera carta fundamental de carácter federal aparece en 1936, y la última en 1977. Entre ellas, todo un apasionante universo de desarrollo revolucionario, con sus crepúsculos y sus auroras.⁸¹

En las primeras fases de la revolución, noviembre de 1917, la declaración de derechos viene referida a los derechos colectivos de los pueblos de Rusia; julio de 1918, la Constitución federal de la República Soviética Rusa tenía, ya, un catálogo de derechos fundamentales de los trabajadores, y se privaba a los individuos y grupos particulares reaccionarios de los derechos, de posible ejercicio, en contra de los intereses de la revolución.

La Constitución, ésta denominada federal, de enero de 1924, cuando el movimiento revolucionario empezaba a consolidarse, carecía de una declaración de derechos, ya que se abocó a la reglamentación de la organización y funcionamiento del poder federal y local, y advino en la posibilidad de adoptar medidas de emergencia, afectadoras de los derechos humanos, y que fueron calificados como "legalidad revolucionaria".⁸²

En la Constitución federal de diciembre de 1936, basada en una iniciativa de Stalin al VIII Congreso Extraordinario del Soviet Supremo del propio año, aparecen consagrados diversos derechos individuales clásicos (libertad de conciencia, de palabra, de imprenta, de reunión, de manifestación, de inviolabilidad de domicilio, etcétera), junto a un amplio repertorio de derechos socioeconómicos (derecho al trabajo, al descanso, a la seguridad social, a la instrucción, a la igualdad hombre-mujer, a la igualdad de derechos en la vida económica, cultural, social, y política, etcétera).

El sagaz jusprocesalista mexicano indica que, formalmente al menos, no cabe señalar una diferencia apreciable con las declaraciones occidentales consagradorias de derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales; pero, tal vez la distinción más acusada, en esta dirección, era la ubicación de esos derechos con posterioridad a la parte orgánica de la mencionada Constitución de 1936, en sentido topográfico distinto al de los países democráticos occidentales, en que los derechos suelen preceder a la organización del poder.

Sin embargo, la diferencia esencial radica en que las cartas fundamentales occidentales enfatizan los derechos humanos mediante la ga-

⁸¹ Biscaretti Di Ruffia, Paolo, y Gabriele Crespi Reghizzi, *La Costituzione sovietica del 1977, Un sessantennio di evoluzione costituzionale nell' U.R.S.S.*, Milano, Giufré, 1979, pp. 89 y ss.

⁸² Fix-Zamudio, Héctor, *La protección procesal de los derechos humanos*, cit., p. 236.

rantía jurídico-formal de los mismos, con connotación preferencial, y como paso previo, necesario para su virtualidad y eficacia; en tanto que la Constitución soviética de 1936, en perfecta concordancia con la famosa frase de Engels, buscaba la "libertad real" del ser humano, ya que el hombre se hace libre "cuando toma conciencia de sus necesidades".

Y añadía, la Constitución de 1936, que los derechos garantizados a los ciudadanos debían ser ejercitados en función de los intereses de los trabajadores y con la finalidad de consolidar, definitivamente, el régimen socialista (artículo 125 y demás concordantes). El formalismo a ultranza de los "derechos burgueses" aparecía minusvalorado, por decir lo más suave; realmente era un auténtico desprecio, frente a la efectividad y realismo de los dimanantes de los preceptos constitucionales soviéticos. Derechos clasistas, pues, y no "meramente naturales".

Todo el cúmulo de derechos reconocidos iba orientado al reforzamiento de "la legalidad socialista".

El fondo de este pensamiento está constituido por la convicción de que el ordenamiento jurídico (llamado a desaparecer en el "término final" de la evolución de una sociedad verdaderamente marxista) es un sistema de relaciones concebido por interés de clase y defendido, obviamente, por la clase dominante, lo que venía a comportar que (en tanto no adviniera esa etapa final marxista) la protección de los derechos humanos estaría indefectiblemente vinculada con la tutela de los intereses del proletariado en el poder.⁸³

Sin embargo, el fallecimiento del sanguinario Stalin marca, a partir de 1953, un viraje significativo. El ascenso a la Secretaría General del Partido Comunista, y consiguientemente a la cabecera del gobierno de Nikita Kruschef (señaladamente, el XX Congreso del Partido Comunista Soviético) (1956), origina una nueva dirección. Nos parece que este clima de distensión se vio favorecido por la concurrencia, en el teatro mundial, de tres personalidades señeras, cada una en su estilo, pero coincidentes en una disposición de especial humanismo; me estoy refiriendo al cardenal Roncalli, Juan XXIII; al presidente John F. Kennedy, y al propio Nikita Kruschef. El clímax del incidente de Cuba dio paso a una época esperanzadora para toda la humanidad, y esto influyó, sin alguna duda, en el proceso soviético, a los efectos que nos interesan.

⁸³ García Pelayo, Manuel, "Introducción al estudio de los sistemas políticos constitucionales de los países socialistas", en *Revista de la Facultad de Derecho de México*, núms. 93-94, enero-junio de 1974.

Todo este deshielo, en la U.R.S.S., tuvo su reflejo no en la modificación de los textos constitucionales, consagratorios de los derechos humanos, sino —mucho más prácticamente— en la creación de todo un instrumental legislativo orientado a la efectiva virtualidad de esos derechos: mayor independencia de los tribunales de justicia, con la supresión del Ministerio de Justicia; nuevas disposiciones federales y de las entidades federativas en el ámbito penal; desaparición de los juicios secretos, de carácter político, ante el Ministerio del Interior; bases generales para el procedimiento civil; nuevo Código de Procedimientos Penales, etcétera. Este amplio abanico de medidas legislativas que abarca desde 1956 hasta 1961, aproximadamente, supone una tentativa de acercamiento hacia las concepciones democráticas de corte occidental y —en cierta medida— un apartamiento de la estricta "legalidad socialista" y la aparición de un socialismo de "rostro humano". Esta tendencia tuvo su culminación en el XXII Congreso del Partido Comunista de la U.R.S.S., en 1961, del que salió la idea de un "Estado de todo pueblo" como paso intermedio hacia el "término final".

En referencia a las garantías de los derechos humanos esenciales, la doctrina soviética afirmó que asumía una doble vertiente:

a) *Primeramente eran de carácter material*, pues comprendían las condiciones necesarias para que los mismos derechos pudieran realizarse en la práctica, y

b) *En segundo lugar, existían las de naturaleza jurídica*, atribuida a todos los órganos, autoridades y asociaciones, que venían obligados a preservar la legalidad socialista y a proteger los derechos de los ciudadanos, incluso de oficio, o sea sin el requisito de la previa instancia de los interesados.⁸⁴

Se daba (en la opinión del italiano Umberto Cerroni, como señala el maestro Fix-Zamudio) una especie de interacción; esos derechos e intereses legítimos quedaban perfectamente enmarcados en el esquema de las relaciones entre la autonomía individual y la finalidad social, y —consecuentemente— al ejercitar tales derechos, el gobernado realiza, al propio tiempo, los intereses y los fines del Estado soviético.

En estas condiciones, la carta constitucional de 7 de octubre de 1977 viene a suponer la constitucionalización de todos esos derechos surgidos a partir del cambio de dirección política en 1953. En esencia, se trata de plasmar, en rango normativo constitucional, el tránsito de la dictadura del proletariado hacia la concepción del "Estado socialista de todo

⁸⁴ Fix-Zamudio, Héctor, *La protección procesal de los derechos humanos*, cit., p. 242.

el pueblo" como paso intermedio hacia la etapa final de la evolución, siguiendo —en ello— el pensamiento de Nikita Kruschef.

La misma ubicación topográfico-constitucional de los derechos es bien significativa; por contraste con la Constitución de 1936, en donde (como ya se ha dicho) se encontraban tras la parte organizativa de los poderes, en la carta de 1977 siguen a la primera parte ("Bases del régimen social y de la política de la U.R.S.S."), conformando una segunda parte (intitulada "El Estado y la persona") dedicada a la ciudadanía y a los derechos, libertades y obligaciones fundamentales de los ciudadanos de la U.R.S.S.

No obstante lo anterior, lógicamente fiel a su filiación marxista-leninista, la propia Constitución de 1977 virtualiza el principio de no utilización contra los intereses del régimen socialista.

Así, indica Fix,⁸⁵ el artículo 39 constitucional, párrafo segundo, establece que el uso de los derechos y de las libertades de los ciudadanos no puede afectar, dañándolos, los superiores intereses de la sociedad o del Estado, o a los derechos de los demás ciudadanos. Resulta clara la realidad de esos derechos siempre en función del interés supremo, incuestionado o incuestionable, de la sociedad socialista y del Estado soviético.

Para cerrar este apartado, referido a los regímenes de características marxista-leninista, cabe resaltar la analogía de la evolución del otro "grande" del bloque de los países socialistas, es decir, la República Popular China. Como expresa Biscaretti Di Ruffia⁸⁶ la Constitución de 20 de septiembre de 1954, la de 17 de enero de 1975 (fruto de la revolución cultural de Mao-Tse-tung) y la actual de 26 de febrero de 1978, detectan una evolución similar a la soviética, claro está que con muy específicas connotaciones nacionales.

Puede concluirse, por lo tanto, que el Poder Judicial se erige en máximo defensor de los derechos de los individuos ante el creciente aumento de las facultades del Estado, y que esta defensa será tanto más efectiva cuanto mayor sea la independencia, la autoridad y la responsabilidad de los juzgadores.

⁸⁵ Fix-Zamudio, Héctor, *Explicaciones de cátedra*, cit.

⁸⁶ Biscaretti Di Ruffia, Paolo, *Introducción al derecho constitucional comparado*, cit., pp. 256 y ss.