

VII. LOS DERECHOS HUMANOS Y LA TUTELA JURISDICCIONAL

Una de las más lúcidas formulaciones respecto de esta importante cuestión fue realizada por el maestro uruguayo Couture,⁸⁷ quien señaló la vinculación íntima del proceso con la tutela, directa y eficaz, de determinados derechos de la persona constitucionalmente reconocidos. Y de entre esos derechos, con muy singular relevancia, el derecho del administrado a la prestación jurisdiccional, en otras palabras y de forma esencial, el derecho de defensa en juicio, directamente referido a los fundamentales derechos de acción y de excepción.

Sin embargo, la dificultad reside en la "fronterización" característica de la materia que nos ocupa, de ahí que el proceso, en tanto que herramienta tutelar de los derechos humanos, suponga distintas dimensiones. Así, Gelsi Bidart⁸⁸ nos indica tres vertientes: 1) el proceso como garantía individual adicional; 2) como garantía procesal de derechos individuales, y 3) garantía a derechos individuales.

Pero, aquí, convendría poner de manifiesto (para dejar la temática lo más precisada posible) que toda la polémica en torno a los tribunales constitucionales (en cuanto órganos de la tutela jurisdiccional de los derechos humanos) queda centrada en dos cuestiones principales.

De un lado, el problema de la tensión entre política y derecho, que plantea si los graves problemas políticos, sometidos a la resolución del tribunal especializado, pueden ser resueltos mediante los criterios y métodos de una decisión judicial. Esto comporta el cuestionamiento de si estamos en presencia de una verdadera jurisdicción, o más bien de un órgano político, con decisiones plenamente políticas disfrazadas de sentencias. Y más al fondo: si cabe la posibilidad real de judicializar resolutivamente problemas políticos y problemas de principio siempre sometidos a enormes presiones sociales.

Y de otro (estrechamente conexiónada con la anterior), dónde está el venero del que la jurisdicción constitucional extrae su repertorio de criterios para fundamentar sus decisiones, dado que su intervención comienza en el instante de la comprobación de una posible insuficiencia del texto constitucional, ya que aunque su finalidad última sea precisamente la de aplicar ese texto supremo, está acreditado que —realmente— su actividad implica un auténtico *amending power* (un poder

⁸⁷ Couture, Eduardo, J., *Las garantías constitucionales del proceso civil*, cit., pp. 173 y ss.

⁸⁸ Gelsi Bidart, Adolfo, "Proceso y garantía de derechos humanos", en *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, Madrid, 1971, pp. 27 y ss.

de revisar la Constitución, o al menos de complementarla, de suplementarla, de construir nuevos preceptos constitucionales, probablemente ni siquiera pensados por los constituyentes).

García de Enterría⁸⁹ sintetiza magistralmente la respuesta al delicado planteamiento anterior: "Todo el problema de la justicia constitucional enraiza en una cuestión de principio: si se conviene o no en reconocer a la Constitución el carácter de norma jurídica."

En el caso de contestación negativa, una Constitución será concebida como un compromiso ocasional de grupos políticos, fácilmente sustituible en cualquier momento de ruptura del equilibrio establecido; lo anterior comporta una permanente incitación al cambio constitucional, como medio de mejora de las posiciones grupales o de eliminación de competidores.

Por contra, la concepción de la Constitución como norma jurídica implica que ha de presidir el proceso político y la vida colectiva de la comunidad. En este supuesto, la Constitución será considerada como el estatuto básico de la vida común.

El valor específico de la Constitución no es el de una norma cualquiera, de cualquier contenido, sino precisamente el de una norma esencial portadora de unos determinados valores materiales, sustantivos.⁹⁰

Pero, de ello, deriva una consecuencia no presente en las constituciones mecanicistas, y esa consecuencia es nada menos que la necesidad de definir límites al poder por relación a los ciudadanos; más sencillamente expresados: los ciudadanos tienen derecho a una vida privada, exenta del poder estatal, así como a la dominación e instrumentación de éste, y —además— a las actuaciones positivas del Estado para promover la libertad efectiva y la igualdad.

Resulta obvio, agrega García de Enterría,⁹¹ que si a esta definición de esferas de actuación se la dota deliberadamente de la connotación de norma jurídica, su eficacia debe y ha de ser jurisdiccionalmente asegurada. Aquí reside la razón (y no en elucubraciones de técnicas jurídicas más o menos sofisticadas), la concepción básica que condujo a los constituyentes americanos a crear los fundamentos de una justicia constitucional, y el basamento, asimismo, de la hasta hoy inmodificada tesis de la sentencia del caso *Marbury v. Madison*, de 1803 (ya referida en páginas anteriores de este trabajo), primera aplicación del sistema de la

⁸⁹ García de Enterría, Eduardo, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, cit., p. 175.

⁹⁰ *Idem*, p. 98.

⁹¹ *Idem*, pp. 176, 177 y 178.

judicial review. Vistas las cosas de esta manera, las objeciones contra la jurisdicción constitucional caen por su propia base.

No puede negarse que los conflictos a resolver por la jurisdicción constitucional tendrán —necesariamente— sustancia política, ya que su actividad vendrá referida a normas penetradas de dicho contenido en su más alta y noble expresión.

La diferencia evidente entre un juzgador constitucional y un juez ordinario reside fundamentalmente en lo siguiente: la jurisdicción constitucional ha de basar su juicio, en primerísimo lugar, en los valores políticos decididos por el Constituyente; mientras que la jurisdicción común lo hace en función de simples valores civiles, penales, laborales, etcétera, configurados por el legislador ordinario, y, respecto de los cuales, tanto su distinto nivel de decisión como el tráfico ordinario en que —corrientemente— se aplican han borrado ya, su carácter de valores políticos originarios para transformarse en meramente técnicos.

Por consiguiente, resulta cierto que la jurisdicción constitucional resuelve, decide, conflictos políticos; *pero lo característico es que la resolución de los mismos se hace por criterios y métodos jurídicos*. Y esto es rigurosamente verdadero no sólo en el plano estrictamente formal, sino también en el plano material (*administering the law by processes of rigorous legal logic*), es decir, administrando el derecho por cauces de rigurosa lógica jurídica: en definitiva: “esforzándose por alcanzar... la realización de la justicia entre hombre y hombre, entre hombre y Estado, por medio de la razón llamada Derecho”, según la expresión del juez Frankfurter, en cita de García de Enterría.⁹²

Aunque conviene puntualizar que, si bien los conflictos constitucionales son —siempre— conflictos políticos, sin embargo la jurisdicción sobre materia política no es lo mismo que jurisdicción política (en el sentido de jurisdicción que sigue el tipo y el método de la decisión política); continúa siendo jurisdicción según el tipo y el método de la decisión judicial de litigios.

No obstante, la singularidad de criterios y de métodos de la jurisdicción constitucional, del juzgador de esta guisa, no constituye, en sí misma, ninguna ruptura del sistema jurídico, entendido en su complejidad. Toda rama del ordenamiento, en cuanto está animada de principios institucionales específicos, ha de ser objeto de reglas interpretativas y aplicativas propias, y ello no consiste, pues, en una excepción singular del derecho constitucional.

⁹² *Idem*, pp. 178 y 179.

Lo que realmente ocurre, en nuestra particular opinión, es que (como acertadamente indica Cappelletti)⁹³ la protección de los derechos humanos demanda de una instrumentalización adecuada para una eficiente y rápida tutela procesal, que —por razones obvias— se aleja de la sistemática común y ordinaria de protección judicial.

El fenómeno del "monstruismo estatal", cada vez más acusado, requiere de unos instrumentos especialmente eficaces para la defensa procesal de la libertad y de la dignidad del ser humano ante la atosi-gante intervención de las autoridades e inclusive de los distintos grupos sociales. De otra manera, la libertad y la dignidad de la persona naufragarían lamentablemente, y ello con consecuencias incalculables.

De ahí que Fix-Zamudio⁹⁴ anote la necesidad de un procedimiento con algunas de estas connotaciones: celeridad y economía procesal; amplitud de facultades al juzgador (indicativas del tránsito de un juez espectador a un juez protagonista activo), tales como las de suplir ineficiencias y errores del demandante ("suplencia de la queja", en terminología mexicana *stricto sensu*), así como en la aportación de elementos conviccionales; sistema flexible de medidas cautelares; especial énfasis en que los efectos del fallo protector sean, esencialmente, preventivos y reparadores, es decir, existencia de un sistema protector, en el que se evite la violación, actual o inminente, de los derechos fundamentales, y, en cualquier supuesto, la restitución en el disfrute de tales derechos al afectado, ya que (escluyendo algunos de carácter patrimonial) los referidos a la libertad y a la dignidad del hombre no son sustituibles por equivalentes; por último, prontas y enérgicas medidas de ejecución del fallo judicial otorgante de la tutela, como en el caso del artículo 35 de la Ley sobre el Tribunal Constitucional Federal Alemán.⁹⁵

La síntesis de todo lo anterior reside en estas claras y certeras palabras del investigador mexicano:

En forma paulatina se ha venido sintiendo la necesidad de establecer o reforzar estos remedios procesales específicos, que se perfilan a través de la lucha infatigable de los pueblos por la protección de los derechos fundamentales, y a esto se debe la expansión tan amplia y profunda del tradicional *habeas corpus* británico, de la revisión judicial estadounidense, del juicio de amparo me-

⁹³ Cappelletti, Mauro, *La jurisdicción constitucional de la libertad*, cit., pp. 2 y ss.

⁹⁴ Fix-Zamudio, Héctor, *Explicaciones de cátedra*, cit.

⁹⁵ Fix-Zamudio, Héctor, *La protección procesal de los derechos humanos*, cit., p. 49, nota 84, *in fine*.

xicano, del recurso constitucional europeo, de la *Procuratura* soviética o del *Ombudsman* escandinavo, todos ellos orientados en mayor o en menor medida a ese ideal tan notable, pero tan difícil de alcanzar, del equilibrio entre autoridad y libertad.⁹⁶

Por tratarse de un trabajo, no exhaustivo, sino más bien generalizador, ya de por sí excesivamente extensionado a pesar de nuestra intención preeminente sintética, renunciamos al sugestivo y por demás interesante desarrollo de una mayor profundidad, de una más abierta pormenorización. Entendemos, y estimamos entender bien, que el presente esbozo es suficiente en función de los objetivos previos asignados a nuestra tarea. La jurisdicción tutelar de los derechos humanos es signo y divisa de la efectiva presencia de un Estado social de derecho, el único, por otra parte, concebible según el patrón cultural occidental.

VIII. GARANTÍAS DEL GOBERNADO

Cabe pensar, en congruencia de sentido con lo hasta aquí expresado, que una efectiva protección procesal es la garantía básica del gobernado.⁹⁷

Pero el problema inmediato a considerar es el del cuidadoso deslinde de las diversas funciones del proceso en cuanto herramienta tutelar de los derechos humanos. Y, en este aspecto, Fix⁹⁸ señala la conveniencia de establecer unas precisiones aclaratorias.

1) Desde el prisma más conocido y estudiado puede hablarse del proceso ordinario como instrumento indirecto o adicional de la protección de los derechos humanos; en otras palabras, se habla de la posibilidad de que el mismo proceso sea el medio en el que se plantee la tutela de una muy considerable parte de los derechos fundamentales del ser humano, tanto en su aspecto individual como social. Esta dirección, a su vez, permite varias hipótesis:

a) *Prima facie*, existen varias normaciones legales exigidoras del previo agotamiento de los medios impugnativos de carácter judicial (salvo casos específicos, por vía de excepcionalidad) para acceder a la interposición de los instrumentos concretos de protección de los derechos humanos, situación de detectar en los recursos constitucio-

⁹⁶ *Idem*, pp. 49 y 50.

⁹⁷ Galeotti, Serio, *Introduzione alla teoria dei controlli costituzionali*, Milano, Giuffrè, 1963, pp. 124, 125 y 126.

⁹⁸ Fix-Zamudio, Héctor, "El pensamiento...", *cit.*, pp. 337 y ss.

nales de Suiza y República Federal de Alemania. En Perú, también, Constitución de 1979.

b) Otros ordenamientos, especialmente los del sistema jurídico angloamericano, consideran al proceso ordinario como el instrumento mediante el cual se puede plantear, incidentalmente, la cuestión de la inconstitucionalidad, cuando se estima que la ley, aplicable en el proceso, es contradictoria con la normación suprema. Esto ocurre en el supuesto de que el propio ordenamiento aplicable se considere violatorio de los derechos humanos (caso de la *judicial review*), y —entonces— se requiere, como regla general, la existencia de una controversia concreta en un proceso judicial determinado.

c) Incluso en países afectos al régimen austriaco, donde existen tribunales especializados, el proceso ordinario se configura como uno de los medios para el planteamiento de la inconstitucionalidad de leyes violatorias de los derechos fundamentales; caso de la denominada 'instancia judicial' (*Richter Klage*), en que los jueces de cualquier categoría o los del Tribunal Supremo (en Austria), si estiman que una ley es inconstitucional, deben suspender el procedimiento y enviar los autos al Tribunal Constitucional, para la toma de decisión de si existe o no esa contradicción con la carta fundamental.

d) En Italia, el acceso a la Corte Constitucional puede tener lugar mediante dos vías: una directa, con titularidad exclusiva para el gobierno de la República contra una ley regional, o de una región autónoma contra una ley nacional o de otra región. Y otra mediante el proceso concreto, con carácter de cuestión prejudicial, en el que el juez ordinario la plantea de oficio (a petición de parte o del Ministerio Público), cuando el juzgador común entienda que el proceso ordinario no podrá ser resuelto independientemente de la decisión que se adopte en la cuestión de la inconstitucionalidad, y enviando —además— los autos a la Corte Constitucional. En esta tesitura, tiene razón el gran Calamandrei,⁹⁹ al afirmar que el juez ordinario abre o cierra el camino de la cuestión de inconstitucionalidad, al tocarle decidir sobre la relevancia o no de la señalada cuestión, y al no existir otro medio específico, en el sistema italiano, para la directa impugnación de las violaciones de los derechos humanos.

e) Por último, el juzgador ordinario, mediante el proceso concreto (al aplicar disposiciones legales secundarias), debe interpretar dichas normas de acuerdo con los textos constitucionales y sus principios

⁹⁹ Calamandrei, Piero, *Estudios sobre el proceso civil* (trad. de Sentís Melendo), Buenos Aires, Ediar, 1961, pp. 66 y ss.

rectores. Se trata de una auténtica obligación de "interpretación constitucional de la totalidad del ordenamiento", o un "control de la constitucionalidad mediante interpretación judicial". Esto adquiere importancia grande en la medida en que ese "juicio positivo de constitucionalidad", que el juez común ha de hacer para aplicar la ley (pues, en caso negativo, deberá inaplicarla, cuando para ello esté facultado, o remitir la cuestión al Tribunal Constitucional), desemboca en el señalado deber de una "interpretación constitucional de todo el ordenamiento", lo que supone, no sólo a nivel teórico sino también en la práctica, una herramienta, de no despreciable eficacia, en el ámbito difícil, complejo y delicado de la protección de los derechos fundamentales del ser humano, precisamente en el aspecto que nos ocupa, es decir, por medio del proceso ordinario. Éste tiene un reflejo, de muy considerable relevancia práctica, en el artículo 163 de la Constitución española de 27 de diciembre de 1978.¹⁰⁰

2) La otra perspectiva, punto de vista del maestro Couture,¹⁰¹ estima como garantía esencial de los justificables a la acción y a la excepción. Acción y excepción conceptuados como derechos subjetivos de carácter constitucional. En este sentido, la primera (acción) es un *poder jurídico-procesal para acudir ante la jurisdicción*, y la segunda (excepción) un *poder para pedir la libertad amenazada por la acción*.

Fix-Zamudio¹⁰² concuerda con el procesalista uruguayo. Pero matiza su posición con algunas interesantes puntualizaciones. En primer lugar, porque la acción no es patrimonio exclusivo del actor sino también de su opositor, y en este aspecto asume un carácter de bilateralidad, y, en segundo lugar, porque no cabe una nitidez absoluta en la diferenciación de la defensa y de las excepciones.

Lo anterior tiene su más clara manifestación en la alternancia de posiciones ofensivas y defensivas en el transcurso del proceso, en que cabe que de una inicial posición de ataque, ocurra, en otra instancia, la conversión en una postura defensiva, y al revés. En esta tesitura, puede hablarse, con toda razón, de acción y de defensa, con connotaciones de inseparabilidad, como las dos caras de un mismo derecho constitucional recíprocamente complementarias.¹⁰³

¹⁰⁰ García de Enterría, Eduardo, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, cit., p. 66.

¹⁰¹ Couture, Eduardo J., *Las garantías constitucionales del proceso civil*, cit., pp. 158 y ss.

¹⁰² Fix-Zamudio, Héctor, *Constitución y proceso civil*, cit., pp. 59, 60 y 61.

¹⁰³ Alcalá-Zamora y Castillo, Niceto, "Enseñanzas y sugerencias acerca de la acción", en *Estudios de teoría general e historia del proceso (1945-1972)*, tomo I, México, UNAM, 1974, pp. 356 y ss.

Así, el derecho constitucional de acción es conferido a todo justiciable tanto para empezar como para proseguir el proceso hasta sus últimas consecuencias (incluida la ejecución), con carácter bilateral, por consiguiente, extensible a las dos partes.

De idéntica manera, el derecho constitucional de defensa es atribuido a todo justiciable, y tiene carácter bilateral también, compartido con la acción a la que complementa. En este sentido, impide que los mismos justiciables sean afectados en sus cargas y expectativas procesales, otorgándoles oportunidades participativas, razonables y equilibradas, para exigir al juzgador la realización de cuantos actos resulten necesarios para la afirmación y la demostración de sus respectivas pretensiones, lo que Fix-Zamudio¹⁰⁴ vincula con el denominado "derecho o garantía de audiencia".

De esos dos aspectos esenciales (exteriorizados por los respectivos derechos de acción y de defensa), dimanan una colección de instrumentos secundarios, pero no por ello irrelevantes, que contribuyen a la dinamicidad procesal: igualdad de las partes; posibilitación de la proposición y práctica de los medios probatorios; interposición de recursos; petición de ejecución de sentencias, y otros más.

Insíto en el razonamiento que nos ocupa, va la idea necesaria de diferenciar los derechos del hombre, constitucionalmente consignados, y las garantías de tales derechos, que no son otra cosa que los medios procesales que virtualizan su practicidad y eficacia.¹⁰⁵

En resumen, las garantías individuales, terminología frecuentemente utilizada en las constituciones latinoamericanas (por razones históricas, principalmente), con la connotación de consagración de los derechos del hombre, deben sustituirse por la nomenclatura, más adecuada, de "derechos fundamentales". Y, al propio tiempo, no debe descuidarse la tarea, antes al contrario, dedicarse con mayor ahínco a ella, de deslindar, con la mayor claridad posible, la conceptualización de remedio procesal, garantía de los derechos humanos, precisamente respecto de lo que algunos tratadistas han calificado como "derechos o garantías instrumentales", es decir, aquellas disposiciones constitucionales que sirven de "medio jurídico para la realización de los restantes derechos humanos".¹⁰⁶

¹⁰⁴ Fix-Zamudio, Héctor, *Constitución y proceso civil*, cit., p. 61.

¹⁰⁵ Fix-Zamudio, Héctor, *Introducción al estudio de la defensa de la Constitución*, cit., pp. 113 y ss.

¹⁰⁶ Fix-Zamudio, Héctor, *La protección procesal de los derechos humanos*, cit., p. 54.

En tal sentido, el investigador mexicano¹⁰⁷ describe el remedio procesal interno como el instrumento establecido por el ordenamiento jurídico nacional, que por su carácter rápido, sencillo y reparador, puede hacerse valer eficazmente por los particulares afectados ante un organismo judicial ordinario o especializado, para la defensa de sus derechos humanos establecidos en la carta fundamental.

Pero no es posible olvidar, tampoco, lo que puede denominarse, con aplicación de léxico eminentemente mexicano, "formalidades esenciales del procedimiento" (artículo 14 constitucional, párrafo segundo), evidente alusión al formulismo de los actos procesales, aspecto sustancialmente importante, ya que la regulación constitucional de los actos procesales tiene una estrecha vinculación con los derechos conferidos a los justiciables.

Tan es así, que las formalidades especiales del procedimiento van especialmente dirigidas al beneficio de las partes; de ahí que los anglosajones reúnan las garantías constitucionales de los justiciables y el formulismo de los actos procesales dentro del concepto, de mayor amplitud, del "debido proceso legal", como muy acertadamente señala el maestro Couture.¹⁰⁸

La tendencia socializante, o socializadora, signo distintivo del derecho de nuestro tiempo, llega (como era lógico que así sucediera) al ámbito del proceso, y adviene con toda fuerza hasta tal punto que (enmarcado dentro del acceso a la jurisdicción) puede hablarse de una nueva noción del principio de igualdad de las partes.¹⁰⁹

Desde muy atrás arranca el principio de la igualdad de los gobernados ante la ley (concretamente del primer precepto de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de los revolucionarios de 1789), que, en materia procesal estricta, vino a desembocar en el carácter contradictorio del proceso, como equilibrio mesurado de las partes con intereses contrapuestos (*audiatur et altera pars*), y de gran relevancia para el eficaz ejercicio de los derechos de acción y de defensa.

Pero resulta que ese carácter contradictorio, que esa igualdad de las partes, ha sufrido, sufre y sufrirá, aún más, en el futuro el impacto de las transformaciones técnicas, sociales, económicas y culturales de nuestro mundo.

¹⁰⁷ *Idem*, p. 56.

¹⁰⁸ Couture, Eduardo, J., *Las garantías constitucionales del proceso civil*, cit., pp. 183 y ss.

¹⁰⁹ Calamandrei, Piero, *Instituciones de derecho procesal civil según el nuevo Código* (trad. de Sentís Melendo), Buenos Aires, tomo I, Ediar, 1962, pp. 417 y ss.

En un mundo de corte liberal, individualista, era lógico la predominancia del principio de igualdad de las partes, aunque se trataba de una hipócrita igualdad a nivel meramente formal que no material, con la resultancia de un contradictorio formalista, y la vigencia del principio dispositivo especialmente en el proceso civil tradicional. Parecía que la “armónica mano invisible” de Adam Smith se trasladaba al terreno procesal. Y lo increíble es que esto ha durado, en los países del mundo capitalista, hasta nuestros días.

Señaladamente, en las naciones latinoamericanas, por influencia de la Ley de Enjuiciamiento Civil española, esta aberrante situación perdura todavía en la mayoría de ellas.

Sin embargo, el signo de los tiempos se impone, y abre fuego el derecho procesal social. Es, precisamente, en el campo del derecho laboral donde la tendencia de lo que Couture se atrevió a llamar “igualdad por compensación” sienta sus reales. En México, la Ley Federal del Trabajo (reglamentaria del artículo 123 constitucional), de 1931, comienza a señalar los primeros logros en esta dirección, logros que se acentúan en la Ley Federal del Trabajo de 1970, y que culminan en las reformas procesales de 1979, que entraron en vigor en 1980. El movimiento se ha extendido, después, al derecho procesal agrario y al derecho procesal de la seguridad social, y tiene —también— su reflejo en la Ley de Amparo con la división en dos libros: uno, dedicado al amparo en general, y el otro, al amparo agrario, en donde cristaliza esa igualdad compensatoria en la específica situación jurídica estatuida para ejidatarios y comuneros.

Aunque le huyo al “chauvinismo nacionalista” (como al propio Diablo) (mi generación padeció, en sus mismas carnes, el autarquismo facistoide falangista y el anacrónico nacional-catolicismo franquista), me voy a permitir una breve alusión a España. El procedimiento civil hispano detecta dos defectos tradicionales: lentitud y carestía; pero, para delicia del posible litigante, hay que agregarle dos cosas más: una organización judicial lamentable y un complicacionismo, un enmarañamiento legislativo que literalmente impide el conocimiento más o menos claro de las normaciones jurídicas aplicables. El juez resulta enclaustrado, en la torre de marfil, mediante el dichoso principio dispositivo, rescoldo liberaloide que, en nuestra época, parece haber venido de otra galaxia.

Ante esta situación (aunque no faltan), son pocos los que se atreven a mantener la pureza estricta del principio de dispositividad; todo —o casi todo— el procesalismo científico moderno español coincide en

requerir que el juzgador sea dotado del correspondiente instrumental jurídico para poder ejercer una efectiva potestad de investigación de los hechos (abandonándose el anacrónico “dame tú los hechos y yo te daré el derecho”), y lo mismo puede decirse en el orden probatorio, parcela en la que resulta claro la necesidad de que el juez “de oficio” puede ordenar la práctica de aquellas que estime pertinentes para la adquisición de la verdad, fundamento de su cognoscencia, y retirando de la circulación, o al menos mejorándolo sustancialmente, el ineficaz sistema del “mejor prever”.

Precisamente, en este sentido, el profesor Jaime Guasp (en mi personal concepto, uno de los mejores procesalistas españoles de los últimos tiempos, si no el mejor) ¹¹⁰ mantiene —con sarcasmo de buena ley— que el principio de dispositividad no es más que una vieja reminiscencia de primitivos ordenamientos jurídicos procesales, y yo añadiría que reflejo inevitable de una sociedad, como la decimonónica hispana, que apenas estaba dejando el *status* mental, económico y cultural de la edad media, y esto, que puede parecer una auténtica exageración, es una desgraciada realidad, de la que la nación española aún no se ha recuperado, aunque brille la aurora de la esperanza con don Juan Carlos I de Borbón, el único monarca de la Casa (junto a su ascendiente Carlos III) que pudo rescatar a la dinastía de la flor de lys de la abyección, frivolidad e irresponsabilidad, en que había sido sumida con ejemplares como Carlos IV, Fernando VII y Alfonso XIII, que tanto daño hicieron a España.

En definitiva, el maestro Guasp se muestra partidario del principio inquisitivo, aunque entendido en el sentido de dotar al juez de nuestro tiempo de facultades suficientes para hacerlo salir del corsé de su función de juzgador-espectador del procedimiento, y convertirlo en director jurídico auténtico del proceso. Y su mérito radica en que —en el ambiente de la España de 1962— se anticipó con mucho a sus colegas.

Pero, ¿qué sucede en la parcela penal, donde literalmente están en juego los bienes jurídicos más preciados del ser humano? La cuestión, aquí, se complica por razones obvias. El paso del procedimiento inquisitivo al proceso penal acusatorio corresponde a un cambio socio-político-estructural. En España, la Ley de Enjuiciamiento Criminal (Exposición de Motivos) hace referencia al Reglamento Provisional de 26 de septiembre de 1835, que introduce mejoras, pero que no termina la inquisitorialidad esencial del procedimiento.

¹¹⁰ Guasp, Jaime, *Derecho procesal civil*, Madrid, Reus, 1962, pp. 327 y ss.

Cuando surge la “gloriosa” (revolución de 1868, con Prim, Topete, etcétera), produce su reflejo en la normación procesal penal; de esta manera, las leyes de 15 de septiembre de 1870 y 22 de diciembre de 1872 (precisamente basadas en los postulados revolucionarios de 1868), llevan a cabo un radical giro en el sistema imperante con la implantación del juicio oral y público.

No obstante (dando un inevitable temporal), la reforma de la Ley de 8 de abril de 1967, aunque la intención del legislador fuera la de transformar el sumario en contradictorio, lo cierto es que unificó las fases de instrucción y juicio, atribuyendo —en algunos casos— su conocimiento al mismo órgano judicial, lo que implicó una verdadera regresión de carácter inquisitorial.¹¹¹

Más aún, el 11 de noviembre de 1980 aparece una desdichada “Ley orgánica de enjuiciamiento oral de los delitos dolosos menos graves perseguibles de oficio”,¹¹² que mantiene la línea inquisitorial, lo que, unido a muy considerables defectos de tipo técnico, da lugar a inquietantes situaciones de falta de seguridad jurídica. La cuestión es tanto más de lamentar, cuanto que España tiene una tradición acrisolada dimanante del llamado “recurso de manifiesto de personas” en el proceso aragonés, que ofrece similitud, de cronología y de significación, con el famoso *habeas corpus* británico; tradición que tuvo su secuencia continuadora en la Constitución española de 1869 (artículo 4), que establecía que toda persona, detenida o presa sin las formalidades legales, o fuera de los supuestos expresamente previstos en dicha carta fundamental, sería puesta en libertad, a petición de sí misma o de cualquier ciudadano español.¹¹³

Finalmente (por vez primera en la agitada historia constitucional hispana), la vigente Constitución de 27 de diciembre de 1978, en su artículo 17.4, utiliza expresamente la locución *habeas corpus*, cuya instrumentalización procesal encomienda a una normación vía de ley. El precepto, en cuestión, establece: “La ley regulará un procedimiento de ‘habeas corpus’ para producir la inmediata puesta a disposición judicial de toda persona detenida ilegalmente. Asimismo, por ley se determinará el plazo máximo de duración de la prisión provisional.”

¹¹¹ Almagro Nosete, José, “Sobre la naturaleza del nuevo proceso penal”, en separata de *Anales de la Universidad Hispalense*, Sevilla, 1968.

¹¹² Lorca García, J., “Estudio de la Ley orgánica de enjuiciamiento oral de los delitos dolosos menos graves perseguibles de oficio”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, enero-abril de 1981, pp. 60 y ss.

¹¹³ Fairén Guillén, Víctor, “El proceso aragonés de manifestación y el británico *habeas corpus*”, en *Temas del ordenamiento procesal*, Madrid, Civitas, 1969.

Tras esta somera alusión a la panorámica española, conviene retomar el hilo de nuestra argumentación. En términos generales, el proceso penal moderno tiende a conseguir un justo equilibrio (como exteriorización de la efectiva igualdad de las partes), ya que se suelen conceder privilegios procesales al acusado para dar eficacia y vigorización a su posición frente al Ministerio Público, quien (en su calidad de acusador) tiene, en principio (en tanto que funcionario público o autoridad administrativa), una incuestionable postura de preeminencia, y todo ello en función del principio *in dubio pro reo*.¹¹⁴

Pero todo lo anterior caería en la indefensión del gobernado si no se establecieron cauces para el debido asesoramiento de los justiciables no previsto de recursos adecuados, o con notoria insuficiencia de éstos. Y la solución no puede ser el "beneficio de pobreza" de origen hispánico. Solución, por otra parte, adoptada, con distintas nomenclaturas, en diversos países latinoamericanos. Tampoco ha resultado eficaz el sistema de las defensorías de oficio, ni siquiera la colaboración, gratuita y voluntaria, de los colegios o barras de abogados; la progresiva tecnificación, característica de nuestro tiempo histórico, requiere de otros instrumentos más de acuerdo con la época en que vivimos.

Tal vez la solución venga (como tantas otras cosas) de la mano de la cultura anglosajona, que vive un muy prolongado momento de esplendor, pues la antorcha británica pasó a manos de los norteamericanos. Concretamente en Inglaterra, después de la Segunda Guerra Mundial, año de 1949, apareció un *nuevo sistema denominado legal aid*.¹¹⁵

La institución del *legal aid* es, en realidad, un asesoramiento jurídico y procesal. *Sustituye al tradicional sistema de la ayuda voluntaria y gratuita de los colegios y barras de abogados* (orientada más que nada a la defensa en juicio de los totalmente carentes de recursos económicos), *por un asesoramiento legal bastante amplio por parte de organismos públicos* (generalmente autónomos), que —en determinados supuestos— cubren los gastos del proceso, generalmente cuando el solicitante de la prestación del servicio acredita carencia o insuficiencia de medios pecuniarios y que su pretensión no está exenta de fundamentos.¹¹⁶

¹¹⁴ Sentis Melendo, Santiago, *In dubio pro reo*, Buenos Aires, EJE, 1971, pp. 48 y ss.

¹¹⁵ Marsh, Norman S., "La asistencia jurídica y el imperio de la ley; notas para un estudio comparativo del problema", en *Revista de la Comisión Internacional de Juristas*, Ginebra, 1959-1960, pp. 107 y ss.

¹¹⁶ Fix-Zamudio, Héctor, *Explicaciones de cátedra*, cit.

En Latinoamérica¹¹⁷ existen los defensores de oficio (como se ha apuntado *ut supra*), los procuradores de pobres, de trabajadores, de campesinos, etcétera, de escasa eficacia por razones de índole muy diversa, y cuya actividad se basa más en consideraciones de eticidad medieval, consagradas en el periodo colonial (con base, además, en un verdadero estado de indigencia del solicitante), y que han sido desbordados por las necesidades del presente, que requieren la asistencia jurídica con el carácter de una auténtica prestación de seguridad social jurídica, como ocurre con los servicios médicos.

El sistema del *legal aid*, con las particularidades características de cada país, se traslada a Estados Unidos (1964); Francia (1972); Israel (1973); Suecia (1972); Quebec (Canadá, 1972); Austria (1973), e Italia (1973), entre otros.

La prestación del servicio suele hacerse mediante oficinas jurídicas, verdaderos bufetes colectivos, con sectores diversos de especialización y personal técnico de tiempo completo, y remuneración satisfecha con cargo a fondos públicos; al arquetipo puede ser considerado las *Neighborhood Law Offices* en los Estados Unidos.

En los países socialistas, siguiendo el ejemplo de la U.R.S.S., el asesoramiento jurídico es proporcionado por oficinas públicas exclusivamente, a través de bufetes colectivos, ya que está prohibido el ejercicio libre de la profesión. En Cuba, su organización tiene su base en la Ley de Organización del Sistema Judicial de 1973 y el Reglamento de los Bufetes Colectivos de 1974, lineamientos que fueron respetados por la nueva Ley de Organización del Sistema Judicial de 1977 (para su adaptación a la nueva Constitución de 1976).

En la U.R.S.S., se trata de verdaderas oficinas públicas de consulta jurídica, cuyo desenvolvimiento y operatividad tienen el límite infranqueable del respeto a la legalidad socialista.¹¹⁸

Si quisiéramos resumir, y pretendemos hacerlo aun a riesgo de una excesiva sintetización, todo el movimiento para una efectiva protección y eficacia de las garantías de los gobernados viene a cuajar en esos *institutos jurídicos* (por utilizar la terminología del maestro Savigny), que —partiendo del *Ombudsman* sueco, rápidamente extendido a los demás países escandinavos— se han difundido por el resto del

¹¹⁷ García Ramírez, Sergio, "Noticia sobre el defensor en el derecho mexicano", en el colectivo *Comunicaciones Mexicanas al VIII Congreso Internacional de Derecho Comparado* (Pescara, 1970), México, UNAM, 1971, pp. 391 y ss.

¹¹⁸ Peccori, Paolo, "Il costo del processo civile e i non abbientinell' Unione Sovietica", en *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, abril-junio de 1970, pp. 261 y ss.

mundo aunque con denominaciones distintas: defensor del pueblo, comisionado parlamentario, procuradurías socialistas, etcétera.

En síntesis, y advirtiendo sus diversas connotaciones nacionales. Fix-Zamudio¹¹⁹ señala las siguientes características comunes:

Primera. Son nombrados por los respectivos parlamentos.

Segunda. Recibida la designación, se convierten en autónomos respecto del órgano designante.

Tercera. Facultad de recibir quejas de los ciudadanos en referencia a la actividad administrativa, y capacidad para actuar de oficio.

Cuarta. Proponen soluciones a las autoridades, si bien carecen de facultades impositivas.

Quinta. Su objetivo no es tanto la legalidad (que no discuten) sino su eficacia y oportunidad.

No es éste un trabajo, y lo reiteramos a fuerza de abundantes (existe un adagio jurídico que indica: "lo que abunda no daña"), con intención de especificidad, sino más bien de todo lo contrario, de generalidad. Su propósito nos parece cumplido, al menos en mínima parte, de ahí que pasemos al último apartado del capítulo final del mismo, conscientes, pero que muy conscientes, de haber tenido que prescindir, adrede de planteamientos concretos sumamente interesantes.

IX. SITUACIÓN ACTUAL

Sería pretencioso, ineficaz y vano, sobre todo, el intentar, siquiera, una panorámica total de la actual situación de las cuestiones, que nos han ocupado a lo largo de nuestra tarea; lo que sigue no es más que una serie de precisiones, en relación con algunos países, escogidos sin otro criterio que disponer de una base bibliográfica uniforme, y, en alguna medida actual, no existe, no puede existir, una pretensión de exhaustividad.

El profesor uruguayo Gros Espiell¹²⁰ señala que un análisis del tema "La Constitución y su defensa" no puede ser realizado desde la misma perspectiva (aunque se pretenda un estudio jurídico estricto), en los supuestos en que existe una normalidad constitucional, que en las situaciones (desgraciadamente frecuentes en Latinoamérica) de destrucción, arrasamiento o abrogación del texto constitucional.

¹¹⁹ Fix-Zamudio, Héctor, *Explicaciones de cátedra*, *cit.*

¹²⁰ Gros Espiell, Héctor, "La Constitución y su defensa", en *Congreso: La Constitución y su defensa*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, p. 619.

En el último caso, aunque el régimen nacido de la violación de la Constitución (en ese instante vigente) enfaticé el mantenimiento de la misma en todo lo no derogado por los textos, actos, decretos o estatutos "constitucionales", dimanantes de las nuevas autoridades fácticas, lo cierto es que —*stricto sensu*— no puede hablarse, con propiedad, razón y justicia, de un régimen de defensa de la Constitución.

Existen algunos mecanismos o procedimientos, políticos o jurisdiccionales, para la defensa de los restos de la Constitución demolida o de los nuevos textos "constitucionales" sustitutivos parciales de la verdadera Constitución (única, por otra parte, que puede ser estimada como legítima).

Pero esta subsistencia, parcial y limitada, de mecanismos o procedimientos de defensa constitucional (determinados contralores políticos, específicas formas de ejercicio de la jurisdicción constitucional, procedimientos reformativos de la Constitución, teóricamente subsistentes, aunque no se utilicen para la modificación de la carta por el gobierno fáctico, etcétera), *no permiten afirmar que en el país exista un verdadero y real sistema (de base constitucional) para la defensa de la Constitución.*

Ante ello, Gros Espiell estima que, en sentido estricto, sólo sea correcto hablar, en tales situaciones, de defensa de la Constitución para caracterizar las acciones políticas dirigidas a restaurar el imperio de la Constitución legítima y restablecer el normal funcionamiento de los poderes del gobierno.

En Uruguay (continúa Gros Espiell), el sistema constitucional, establecido por la carta de 1966, feneció con el "gorilazo" del 27 de junio de 1973. Un "gobierno cívico-militar" alteró sustancialmente el régimen constitucional y estableció un "orden institucional transitorio".

Con esta facilidad inesquivable, por ahora, en el país (que mi maestro de derecho internacional, don Mariano Aguilar Navarro, denominó "florón cultural de la hispanidad"), el término "jurisdicción constitucional" ha de entenderse en el sentido de actividad jurisdiccional dirigida a verificar la concordancia de las normas jerárquicamente inferiores (especialmente leyes y actos administrativos) con la Constitución, para que, en el caso de que estos actos legislativos o administrativos hayan sido dictados con violación de las formas impuestas por el texto constitucional o estén en contradicción con una norma de la Constitución, pueda declararse por el órgano u órganos competentes su inconstitucionalidad y su consiguiente inaplicabilidad.¹²¹

¹²¹ *Ibidem.*

La degeneración de la defensa constitucional, en Uruguay, por lo que hace a los últimos tiempos, detecta (al decir de Gros Espiell) tres momentos: Acto Institucional No. 8 del 1º de julio de 1977; Proyecto de Reforma Constitucional, rechazado por el pueblo, el 30 de noviembre de 1980, y, finalmente, Acto Institucional No. 12 del 10 de noviembre de 1981.

El Acto Institucional de primero de julio de 1977 mantuvo (por lo menos a nivel teórico) la vigencia de los artículos 256 al 261 de la Constitución atacada, que hacen referencia a la declaración de inconstitucionalidad de las leyes. Pero la sección XVII del texto fundamental de 1966 ("De lo contencioso administrativo") cambió su denominación a "De la justicia administrativa", y su normación fue sustituida de conformidad con lo establecido en el Acto Institucional No. 8 de julio de 1977.

El proceso de regresión constitucional no se limitó a un cambio de nomenclatura, sino que llegó más lejos, de forma especial asignó al Tribunal de lo Contencioso Administrativo no sólo competencia en lo contencioso de anulación, sino también en el de reparación, que —en el sistema tradicional uruguayo— correspondía a los órganos competentes del Poder Judicial.

El 27 de junio de 1973, el presidente de la República, utilizando "potestades constituyentes" (primer considerando del Acto Institucional No. 2 de 12 de junio de 1973), había procedido a declarar disueltas la Cámara de Senadores y la Cámara de Representantes, y creó un Consejo de Estado (cuya integración sería por miembros designados por el propio presidente), que tendría las siguientes atribuciones:

a) Desempeñar interinamente las funciones específicas de la Asamblea General.

b) Controlar la gestión del Poder Ejecutivo relacionada con el respeto de los derechos individuales de la persona humana y con la sumisión de dicho Poder a las normas constitucionales y legales.

c) Elaborar un anteproyecto de reforma constitucional que reafirme los fundamentales principios democráticos y representativos, a ser oportunamente plebiscitado por el cuerpo electoral.

El ruido del "Consejo de Estado" fue más que las nueces, su actividad, por lo que nos concierne (y lo que nos concierne es la eficaz protección de los derechos humanos) quedó en una mera posibilidad teórica sin ninguna efectividad en la práctica.

La siniestra intención del Acto Institucional No. 8 de julio de 1977 despojó a la Suprema Corte de Justicia hasta de su nombre, sustituyó

yéndolo por el de Corte de Justicia, y a sus miembros los vinculó al carro de los gorilas mediante la designación por el Consejo a propuesta del Poder Ejecutivo. La independencia del Poder Judicial fue literalmente barrida, y con ella la más remota protección de los derechos humanos.

Los militares en el poder, ya sin recato, se abocaron al proyecto de reforma constitucional en el año de 1980. Por lo que nos interesa (se deja consignado su masivo rechazo), en cuanto a la jurisdicción constitucional, el capítulo VI de la sección IX (del Poder Judicial) se refería a la declaración de inconstitucionalidad. En lo referente al Tribunal de lo Contencioso Administrativo, el proyecto non nato tomó en cuenta las negativas fórmulas del ya comentado Acto Institucional No. 8 de 1977.¹²²

El Poder Judicial fue tratado utilizando el repertorio del Acto Institucional No. 8 de 1977, y se creaba un increíble "tribunal de control político" (sección X), y todo lo anterior permite afirmar a Gros Espiell que, de haber sido aprobado, su vigencia habría significado un ataque grave y un real impedimento a toda posibilidad de acción de una jurisdicción constitucional e independiente.

El 10 de noviembre de 1981 el Poder Ejecutivo (en uso de las *facultades institucionalizadoras del proceso cívico militar*) decretó el Acto Institucional No. 12 derogatorio del No. 8, varias veces referido, con excepción de lo establecido en los artículos 43, 44 y 45 referentes a las funciones y competencias del Ministerio de Justicia.

En definitiva, el sistema vigente, en el Uruguay, al menos de momento, resulta de los artículos 15 al 18 (capítulo VII), del Acto Institucional No. 12 (que sustituyeron las normas pertinentes, sobre esta materia —jurisdicción constitucional— de la Constitución de 1966) y de la Ley No. 13747 del primero de julio de 1969, en lo que no ha sido derogado tácitamente por el Acto Institucional No. 12 de 1981.

En referencia a la competencia de la Suprema Corte de Justicia de declarar la inconstitucionalidad de las leyes, el régimen vigente puede sintetizarse así:

1) *En cuanto a la materia*

Pueden ser declaradas inconstitucionales las leyes y las demás normas que tengan fuerza de ley (Acto Institucional No. 12, artículo 15). Las leyes son los actos jurídicos sancionados por el Poder Legislativo

¹²² *Ibidem*.

y promulgados por el Poder Ejecutivo (Constitución 1966, sección VII, artículos 133 a 146). No obstante, a partir de junio de 1973, son leyes también los actos jurídicos sancionados por el Consejo de Estado y promulgados por el Poder Ejecutivo (Decreto de 27 de junio de 1973, artículo 1, letra a), y Acto Institucional No. 2).

La Constitución no define cuáles son “las demás normas que tengan fuerza de ley”. En el régimen constitucional de 1966 lo eran los decretos de los gobiernos locales, que tuvieran fuerza de ley en su jurisdicción (artículo 260 y Ley No. 13747, artículo 1). Pero, a partir de las modificaciones de 1973, normas que tengan fuerza de ley no existen, fuera de las propias leyes.

Los actos institucionales, dictados a partir del Decreto de 27 de junio de 1973 (dictados por el Poder Ejecutivo, en uso de las facultades conferidas por la “institucionalización del proceso civico-militar”), no son normas que puedan ser declaradas inconstitucionales por la Suprema Corte, pues ni son leyes ni normas con fuerza de ley, sino actos jurídicos autoproclamados de “naturaleza constituyente”; por idéntica razón no podría ser declarado inconstitucional el Decreto del 27 de junio de 1973. La inconstitucionalidad del mencionado decreto y de los actos institucionales subsiguientes está muy por encima de las posibilidades de la Suprema Corte de Justicia.¹²³

2) *En cuanto a las razones de la inconstitucionalidad (Acto Institucional No. 12 de 1981, artículo 15, y Ley No. 13747, artículo 1)*

La inconstitucionalidad puede ser por razón de forma o de contenido, es decir, porque la norma impugnada no haya sido dictada con respeto de las normas constitucionales, reguladoras del proceso de elaboración de las leyes (sección VII de la Constitución de 1966, artículos 136-146; Actos Institucionales Nos. 2 y 11, y Decreto del 27 de junio de 1973), o porque el precepto atacado viola una disposición de fondo de la Constitución.

3. *Titularidad de la solicitud*

“Son todos aquellos que se consideran lesionados en un interés directo, personal y legítimo” (Acto Institucional No. 12; Ley No. 13747, artículo 4, letra a). En otras palabras, pueden ser titulares de la petición de declaración de inconstitucionalidad: las personas físicas o las personas morales o jurídicas (sean públicas o privadas), que se estimen

¹²³ *Ibidem*.

lesionadas en un interés, que cumpla con los requisitos de ser directo, personal y legítimo.

En el supuesto de planteamiento de oficio, son el tribunal o el juez que entienden de cualquier procedimiento judicial, y el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, los que —en su caso— pueden plantear la declaración de inconstitucionalidad (Acto Institucional No. 12; Ley No. 13747, artículo 4, letra *b*).

4. *Planteamiento de la declaración de inconstitucionalidad*

a) *Por vía de acción* (Acto Institucional No. 12, artículo 17, inciso primero, número 1, y Ley No. 13747, artículo 5, 1). Esta posibilidad ha sido denominada “vía directa” o “vía principal” por la doctrina. La razón reside en que tanto si la constitucionalidad se plantea por la llamada vía de acción, como si se realiza por la denominada vía de excepción, siempre se ejercita una acción (pretensión).

La ley entiende que la inconstitucionalidad se plantea por vía de acción “cuando no existe procedimiento judicial pendiente”; en este caso, deberá interponerse directamente ante la Suprema Corte de Justicia.¹²⁴

El artículo 14 de la Ley No. 13747, al regular el trámite del “petitorio por vía de acción”, prevé dos procedimientos, al establecer:

Cuando la declaración de inconstitucionalidad fuera interpuesta por vía de acción, se sustanciará con un traslado a las partes a quienes afecta la Ley o el decreto del Gobierno Departamental correspondiente, con fuerza de ley en su jurisdicción, y al Fiscal de la Corte, quienes deberán expedirse en el término de veinte días. Si la persona fuera indeterminada, se prescindirá de conferírsele traslado.

Se contemplan, pues, dos situaciones distintas: *i*) cuando es determinable la parte a quien afecta la ley o el decreto del gobierno departamental, e *ii*) cuando la persona afectada resulta indeterminada.

No se trata, afirma Gros Espiell,¹²⁵ de dos formas de petitorio por vía de acción de naturaleza diferente, sino únicamente hay, en un caso, una persona determinada que sería afectada, directamente, por la declaración de inconstitucionalidad de la ley o decreto departamental, en

¹²⁴ *Ibidem*.

¹²⁵ *Ibidem*.

cuestión, y, en el otro, una situación en que esa persona es indeterminada.

b) *Por vía de excepción* (Acto Institucional No. 12, artículo 17, inciso primero, número 2), que la ley denomina vía de excepción o defensa (Ley No. 13747, artículo 5, 2). Este planteamiento "necesariamente deberá oponerse ante el juez o tribunal que esté conociendo en dicho procedimiento judicial", y sólo podrá solicitarse hasta la citación para sentencia en la instancia pertinente (ley citada, artículos 2, 5 y 6, inciso primero).

Planteadas la inconstitucionalidad en esta forma, se elevará a la Suprema Corte de Justicia testimonio de la cuestión planteada, y proseguirán los trámites, ante el juzgado de origen, sólo hasta el llamado de autos para resolución o sentencia, debiendo estar luego a lo que fallara la Suprema Corte de Justicia (Acto Institucional No. 12, artículo 17, inciso tercero).

c) *De oficio*. Por el tribunal o juez que conozca en cualquier procedimiento judicial, o por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo (Acto Institucional No. 12, artículo 17, inciso segundo), siendo el procedimiento igual al del caso anterior (b).

5. Tramitación

Los trámites, requisitos exigibles y demás cuestiones procesales del planteamiento de la inconstitucionalidad están regulados por los artículos 7 al 18 de la Ley No. 13747, y su exposición resulta de todo punto imposible, dada la tónica impuesta a este trabajo elemental.

6. Efectos de las sentencias declaratorias de la inconstitucionalidad

El principio general viene determinado por el artículo 18 del Acto Institucional No. 12, interpretado por el artículo 17 de la Ley No. 13747, que preceptúa: "La sentencia se limitará a declarar la inconstitucionalidad o constitucionalidad de las disposiciones impugnadas y solamente tendrá efecto en el caso concreto en que fuera planteado."

Cabe sintetizar en el sentido de que, cuando la declaración de inconstitucionalidad es la consecuencia de su planteamiento por vía de excepción o efectuado de oficio, es fácil determinar los efectos del fallo, ya que éste, si declara la inconstitucionalidad, hace inaplicable la disposición en los procedimientos judiciales en que se haya pronunciado

(Acto Institucional No. 12, Ley No. 13747, artículo 18, inciso primero). primero).

Ahora bien, la cuestión se complica muchísimo (hasta límites extremadamente sugerentes, pero que exceden, por completo, de las posibilidades de nuestra tarea) cuando la declaración de inconstitucionalidad ha sido planteada por vía de acción. Y la complicación dimana, en parte esencial, por la ambigüedad, por decir lo más suave, del inciso segundo del artículo 18 de la Ley No. 13747, que establece:

Si hubiera sido solicitada por vía de acción o principal, la sentencia tendrá eficacia para impedir la aplicación de las normas, declaradas inconstitucionales, al que ha promovido la declaración y obtenido la sentencia, pudiendo hacerla valer como excepción en cualquier procedimiento jurisdiccional o en el anulatorio del Contencioso Administrativo.

Respecto del Tribunal de lo Contencioso Administrativo, su ámbito competencial se vio sustancialmente alterado por el reiterado Acto Institucional No. 8, de julio de 1977. Su régimen actual deriva del también referido Acto Institucional No. 12, que, aunque derogatorio del No. 8, continuó en mucho con sus lineamientos, apartándose de las fórmulas constitucionales de 1952 y de 1966.

Su régimen actual le permite continuar en el ejercicio de su atribución de anular los actos administrativos contrarios a la Constitución, con la salvedad de que, en los casos en que esos actos resulten directamente de una ley que el Tribunal estime inconstitucional, debe plantear, previamente a la anulación de oficio, la declaración de inconstitucionalidad de esa ley ante la Suprema Corte de Justicia.¹²⁶ La anulación, en puridad jurídica, puede pronunciarse no sólo como consecuencia de que el acto sea contrario a la regla de derecho (o sea violatorio de la Constitución), sino también por desviación de poder.

El Acto Institucional No. 12 (derogatorio del No. 8 del mismo rango), se mantuvo en la línea del anterior en lo referente a la exclusión de todo control jurisdiccional sobre los actos políticos y los actos de gobierno, así como lo relativo a los actos fundados en razones de seguridad nacional y los actos de interés público declarados por la ley (artículo 23). No hace falta ninguna perspicacia jurídica para entender la peligrósima limitación de las posibilidades de control jurisdiccio-

¹²⁶ *Ibidem*.

nal, con especial afectación para la eficacia de la protección de los derechos humanos.

En un país de la gran tradición jurídica del uruguayo, la jurisdicción constitucional, hasta el desdichado golpe de Estado militaroides de 1973, cumplió los propósitos de las constituciones de 1934, 1942, 1952 y 1966. La nación, con los defectos inherentes a cualquier sistema, vivió bajo régimen de garantía procesal de los derechos humanos. A partir de 1973, en los términos expuestos anteriormente, la situación sufre un deterioro del que Uruguay saldrá merced a la lucha de su pueblo.¹²⁷

En Argentina, los sucesos políticos-sociales-económicos del año 1982, y del corriente de 1983, permiten augurar un definitivo descalabro de los militares, aprendices, malos aprendices, de políticos, que usurpan la soberanía nacional, y un retorno a un verdadero Estado de derecho.

Sintetizando, para evitar, en lo posible, la extensión de un trabajo que, no obstante, alcanza ya límites superiores a lo previsto, procuraremos señalar las características fundamentales del sistema rioplatense de la jurisdicción constitucional. Para ello seguiremos a los profesores Vanossi y Ubertone de la Universidad de Buenos Aires.¹²⁸

Indican Vanossi y Ubertone que, para el jurista argentino, el término "justicia constitucional" evoca directamente el tema del control judicial de constitucionalidad. Señalan, al propio tiempo, que el sistema argentino de control de constitucionalidad es semejante al sistema norteamericano, basado —como hemos reiterado varias veces en el transcurso de estas páginas— en la doctrina sentada en el famoso caso *Marbury vs. Madison*, por el juez John Marshall.

Las características principales del sistema argentino, a escala nacional, son las siguientes:

- 1) Es un sistema *judicial*, ya que el control se ejerce por órganos del Poder Judicial.
- 2) Es un sistema *difuso*, porque todos los jueces pueden declarar la inconstitucionalidad. Señalan, al propio tiempo, que en el sistema italiano, francés o austriaco, donde se connota la "concentrabilidad"

¹²⁷ Gros Espiell, Héctor, "La jurisdicción constitucional en el Uruguay", en el *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XII, núm. 35, 1979.

¹²⁸ Vanossi, Jorge Reinaldo A., y Ubertone Pedro, Fermín, "Instituciones de defensa de la Constitución en la Argentina", *La Constitución y su defensa*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 1982.

en un único tribunal, no existe un fuero específico que tenga la exclusividad en el ejercicio del control de constitucionalidad.

3) Las decisiones de los juzgadores solamente pueden expedirse en *juicios o casos judiciales* (litigios entre particulares o entre particulares y el Estado).

4) Los jueces ejercen el control respetando *las reglas de su competencia jurisdiccional*, es decir, que cada juez lo hace en los casos o causas que le corresponde resolver en razón de la materia, lugar, etcétera.

5) Los juzgadores ejercen el control de constitucionalidad en *casos concretos*, pero *no* cuando la cuestión se ha constituido en *abstracta* (equivalente a lo que los norteamericanos llaman *moot cases*).

6) Los jueces ejercen el control de la constitucionalidad *a pedido de las partes integrantes o afectadas* por la aplicación de las normas impugnadas de inconstitucionalidad.

7) El control de constitucionalidad recae sobre toda clase de normas; se ejerce no solamente sobre las leyes nacionales y provinciales (locales), sino también sobre todos los demás actos y normas estatales de carácter general o singular, incluidas las sentencias judiciales y los actos administrativos.

8) *Actos o hechos de particulares* también son susceptibles de control de constitucionalidad.

9) Los tribunales judiciales *no* ejercen control sobre las cuestiones calificadas como *políticas* (cuestiones políticas no justiciables o "actos de gobierno"), dimanantes de facultades privativas de los otros poderes.

10) El control de constitucionalidad recae sobre aspectos de fondo o contenido de las normas impugnadas, no comprendiendo las cuestiones formales o de procedimiento de su sanción (únicamente controladas en casos muy especiales, por vía de excepcionalidad; así, el veto y promulgación parcial de una ley).

11) Los jueces se pronuncian sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad de las normas impugnadas en las sentencias de los juicios, produciendo efectos únicamente valederos para el caso concreto y sin alcance general (*efectos inter partes y no erga omnes*). La norma impugnada *sigue válida* y solamente puede ser derogada por la misma autoridad que la aprobó. Cuando un juez declara la inconstitucionalidad de una norma se limita a *no aplicarla en el caso judicial*, que por ese mismo acto resuelve.¹²⁹

¹²⁹ Vanossi y Ubertone, "Instituciones de defensa de la Constitución en la Argentina", en *Congreso...*, *cit.*

12) La decisión judicial sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad de una norma *solamente afecta a la parte necesaria* de esa norma; pero los efectos de la declaración judicial no se extienden al resto o demás partes de la norma, que quedan inafectadas, invulnerables (siempre que sean escindibles).

Puede afirmarse que, en general, el sistema argentino de control de la constitucionalidad es bastante amplio. Argentina es un Estado de carácter federal, en el que existen tribunales nacionales y tribunales provinciales, y todos ellos (en la medida de su competencia jurisdiccional) controlan la concordancia de las normas nacionales o provinciales con la Constitución nacional, es decir, un tribunal provincial puede declarar la inconstitucionalidad de una norma nacional, por ser contraria a la Constitución nacional.

En cuanto a la extensión de lo controlable, en principio y también en términos generales, hay una gran amplitud. Pueden ser objeto de control: normas, actos, hechos y omisiones, provenientes tanto de órganos estatales como de particulares; sean los órganos estatales del gobierno nacional o de los gobiernos provinciales, en uno y otro caso integrantes de cualquiera de los tres poderes: Legislativo, Ejecutivo y Judicial.¹³⁰

Vanossi y Ubertone, a guisa de ejemplo, señalan como actos controlables: las leyes nacionales y provinciales, los actos y reglamentos administrativos nacionales y provinciales, los hechos administrativos, las omisiones de la autoridad pública, etcétera. A los anteriores, se agregan dos institutos con evidente carácter de originalidad.

a) *Actos de particulares*. Proceden de la construcción jurisprudencial del último cuarto de siglo. Así, la protección de los derechos constitucionales frente a agresiones provenientes no ya de la autoridad pública sino de particulares, sean estos personas físicas o jurídicas, grupos ocasionales sin personalidad jurídica, etcétera. (Indican el caso "Kot", de la Corte Suprema, año de 1957, al acordar amparo, a favor del reclamante, frente a la ocupación de una fábrica por un grupo de obreros.)

b) *Sentencias arbitrarias*. Esta "doctrina de las sentencias arbitrarias" tiene sus antecedentes en la jurisprudencia de la Suprema Corte desde 1909 (casos "Rey c. Rocha"); aunque su definitiva afirmación no se realiza sino desde la segunda mitad de la década de 1950. La sentencia que incurre en arbitrariedad, al lesionar derechos constitucionalmente reconocidos, resulta afectada del vicio de inconstitucionalidad.

¹³⁰ *Ibidem*.

lidad de igual forma que puede estarlo una ley, un decreto, o cualquiera otra norma de rango estatal.

El problema radica en la no fácil determinación del concepto de "sentencia arbitraria". La esencialidad de la noción parece consistir en la falta de algunos de los requisitos mínimos que ha reunir una sentencia. Por supuesto, hay que rechazar la doctrina de la arbitrariedad en el sentido de que se sustituya el criterio de los jueces de otras instancias por el de la Corte Suprema.

La doctrina de la arbitrariedad se proyecta hacia la privación de efectos de una sentencia que carezca de razones suficientes para fundarla. Existen un mínimo de requisitos jurídicos que toda sentencia (para serlo) ha de cubrir. La falta de uno de ellos podría malograr todo un proceso hasta allí adecuadamente realizado. Si la sentencia los reúne, no hay arbitrariedad, aunque el pronunciamiento se considere equivocado. Si no los contiene, la sentencia es arbitraria y la causa ha de ser nuevamente fallada, de conformidad con el artículo 18 y demás concordantes de la Constitución nacional.¹³¹

La anulación de las sentencias arbitrarias (afirman Vanossi y Ubertone) está enraizada en un fuerte basamento constitucional. Las opiniones, sin embargo, no son tan unánimes en cuanto a las normas concretas, que sirven de sostén o apoyo al acto jurisdiccional de dejar sin efecto la sentencia viciada de arbitrariedad.

En esta parcela específica, unos invocan la garantía de defensa en juicio (artículo 18, Constitución nacional), y otros acuden a la innominada garantía del "debido proceso legal", motivos a los cuales Vanossi y Ubertone añaden una "garantía innominada de no arbitrariedad", dimanante del artículo 33 de la Constitución nacional, y que afecta a la totalidad del ordenamiento jurídico. Dicha garantía, o protección constitucional, se traduce —para los justiciables— en una existencia de razonabilidad, en amplio sentido. Se trata, pues, de un derecho o pretensión que corresponde a todos los habitantes frente a las sentencias y actos judiciales en general.

Siguiendo a Genaro Carrió, los autores argentinos citados (en el trabajo tantas veces referenciado) ponen de manifiesto que la expresión arbitrariedad tiene una función descalificadora; pero indicando que, mientras su significado valorativo es siempre el mismo, los criterios de aplicación son múltiples y heterogéneos. Dichos criterios, pues,

¹³¹ *Ibidem*, y Carrió, Genaro, "Sentencia arbitraria", en *Revista Jurídica de Buenos Aires*, 1965, I y II, pp. 9 y ss.

constituyen auténticas causales de arbitrariedad. La clasificación de Carrió de esos criterios es la siguiente:

1º *Objeto o tema de la decisión.* A) Omisión de resolver cuestiones propuestas; B) Resolución de cuestiones no planteadas.

2º *Fundamentos de la decisión.* A) En la premisa mayor: a) jueces que se arrogan una función de legisladores; b) prescindencia del texto legal; c) aplicación de preceptos derogados; d) fundamentación en pautas de excesiva amplitud. B) En la premisa menor: a) prescindencia de prueba decisiva; b) invocación de prueba inexistente; c) contradicción con otras constancias de la causa. C) En la premisa mayor, en la menor, o en el tránsito de una a la otra: a) afirmaciones dogmáticas; b) excesos formalistas o rituales; c) autocontradicción.

3º *Efectos de la decisión:* Pretender dejar sin efecto decisiones definitivamente firmes.

Finalmente, cabe hacer una referenciación a la "inconstitucionalidad parcial" y al inherente problema de la divisibilidad.

Resulta conveniente señalar que la divisibilidad puede ser aplicada a las normas y a las llamadas sentencias arbitrarias. En relación a las normas (como ya se ha dicho), implica que la decisión judicial sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad afecta exclusivamente a la *parte necesaria* de esa norma; pero los efectos de la citada declaración no se extienden al resto, *que quedan invulnerables siempre que sean escindibles*. La comprensión de lo anterior es fácil si pensamos en el supuesto de una ley extensa, que contenga sólo un artículo o inciso viciado de inconstitucionalidad; la declaración judicial afectará sólo a esa parte, pero no invalida el resto de la ley.

En cuanto a las "sentencias arbitrarias", la Suprema Corte, vía jurisprudencial, ha establecido el "principio de divisibilidad", admitiendo la separación entre partes válidas y partes inválidas o viciadas. La reacción doctrinal, ante esta postura de la Corte, ha distado mucho de un consenso, aunque —indican Vanossi y Ubertone— cabe traer a colación (como ejemplo, a favor de la posibilidad divisoria) el del caso de aquellas sentencias definitivas solamente impugnadas en referencia a la imposición de costas u otras partes igualmente accesorias del pronunciamiento.¹³²

Pero existe un límite sustancial a la actividad del control de la constitucionalidad; este sector está constituido por los "actos de gobierno" o los "actos políticos". Desde luego —afirman Vanossi y Uberto-

¹³² Vanossi y Ubertone, "Instituciones de defensa de la Constitución en Argentina", en *Congreso...*, cit.

ne—, la Constitución no excetúa del conocimiento y decisión judicial a ningún tipo de *casos* o *causas*; no obstante, la Corte Suprema ha interpretado que los jueces deben abstenerse de ejercer el control de constitucionalidad en las denominadas “cuestiones políticas”.

Las cuestiones políticas son algo equivalentes a los “actos de gobierno” y a los “actos políticos”, ya que dichas cuestiones atañen al ejercicio de ciertas facultades privativas de los poderes políticos (Legislativo y Ejecutivo); pero como se trata de una categoría de cuestiones que no están tipificadas ni en la Constitución ni en la ley, puede ocurrir que algunos casos dejen de ser considerados como “cuestiones políticas”, y, consecuentemente, los jueces asuman el control de constitucionalidad sobre ellos; así (ejemplifican, Vanossi y Ubertone),¹³³ con los problemas electorales, convertidos en “justiciables”. y hoy existe un fuero o justicia electoral, en calidad de integrante del Poder Judicial.

También, como exención a la no justiciabilidad de las “cuestiones políticas”, los aspectos vinculados con los efectos particulares de los actos de aplicación de las medidas que el Ejecutivo decide como consecuencia del ejercicio de facultades privativas esencialmente políticas, por ejemplo, declaración del “estado de sitio”, o de excepción, acto privativo de los poderes políticos, no sujeto a control judicial, y las medidas concretas dimanantes o necesarias para su aplicación (suspensión de una reunión, cierre de un periódico, etcétera); esas medidas concretas de aplicación pueden ser objeto de un control de “causalidad” y de “razonabilidad” en referencia a los fines y límites constitucionales.

Los principales actos “no justiciables” son los siguientes: declaración del estado de sitio; declaración de una intervención federal en las provincias; declaración de “utilidad pública” de bienes para expropiarlos; declaración de guerra; celebración de paz; declaraciones de “emergencia” para la aprobación de ciertos impuestos nacionales (contribuciones directas por tiempo determinado); actos relativos a las relaciones exteriores; expulsión de extranjeros; etcétera.

Se trata, en definitiva, de un conjunto de atribuciones constitucionalmente conferidas a los poderes políticos con carácter privativo (facultades discrecionales, no regladas). Pero la aplicación de estas atribuciones pueden engendrar responsabilidades, cuando resulten afectados derechos individuales como consecuencia de una desviación de poder (control de “causalidad” y de “razonabilidad”).

¹³³ *Ibidem*.

La amplitud y extensión de las "cuestiones políticas" han sido criticadas, y se detecta una tendencia general de restricción de la categoría de los actos exentos de control judicial, y ello tanto a nivel doctrinal como jurisprudencial, con la intención de conseguir una plenitud ejercitante de la potestad de control jurisdiccional.

La situación política actual del gran país del Río de la Plata pone de dramática actualidad todo lo dicho. Entendamos que existen ciertas facultades especialmente reservadas al Poder Ejecutivo; pero ello, para evitar atentados, debe tener su contrapartida en que los tribunales pueden ejercer medidas de control efectivo sobre la aplicación concreta de lo ordenado como consecuencia de aquéllas. De ahí que no le falte razón a Rodríguez Villafañe¹³⁴ cuando señala que más que de "cuestiones políticas", hay que hablar de política judicial respecto de las decisiones de otros poderes.

La extensión que, a nuestro pesar, ha adquirido este trabajo, exige una sintetización mayor a su terminación; nuestra idea era examinar la mayor parte de los países latinoamericanos entorno a la problemática de la jurisdicción constitucional; dicho proyecto, por las razones apuntadas, va a quedar reducido a su mínima expresión, eso sí, con harto dolor por mi parte.

Brewer Carías¹³⁵ señala que *Venezuela*, mediante la Constitución del 23 de enero de 1961, se dio un régimen político, de carácter democrático, con las siguientes connotaciones:

- a) Sistema basado en la representatividad y la democracia.
- b) Conformación de un Estado de derecho federal.
- c) Fórmula presidencialista, dentro de un ámbito de separación de poderes.
- d) Establecimiento de una serie de garantías y derechos individuales, sociales y económicos.

El cimiento del Estado de derecho venezolano reside en la supremacía de la Constitución, originadora de una "superlegalidad" por sobre la legalidad ordinaria. Esta supremacía constitucional comporta, entonces, que en la cúspide del ordenamiento jurídico se encuentra la normación constitucional, en cuanto decisión política del poder constituyente, y exclusivamente modificable, en tanto que decisión, por éste.

¹³⁴ Rodríguez Villafañe, Miguel Julio, "El Poder Judicial: Implicancia política de la función jurisdiccional", en *Revista del Colegio de Abogados de Córdoba*, Argentina, núm. 12, 1981, pp. 47-82.

¹³⁵ Brewer Carías, Allan R., *La defensa de la Constitución*, Colección Monografías Jurídicas núm. 21, Caracas, Edt. Jurídica Venezolana, 1982, pp. 7, 8, 9, 13, *in fine*.

Pero el ordenamiento constitucional venezolano no sólo tiene el carácter preeminente propio del principio de la supremacía constitucional, sino que el mismo está configurado con la específica connotación de rigidez. La Constitución de Venezuela es, por consiguiente, de las denominadas rígidas; en otras palabras, de aquellas que tienen un contenido intangible aun para el Poder Legislativo.

La inmediata y directa consecuencia de esta rigidez constitucional implica que sólo la voluntad soberana del pueblo (expresada a través de un referéndum, artículo 246 constitucional), en cuanto único poder constituyente, puede modificar su decisión política plasmada en la Constitución.

Al lado de este carácter, supremo y rígido, de la Constitución, ésta, como ley fundamental, es imperativa, o sea está dotada —en sí misma— de una coactividad inmediata. La trascendencia de la anterior afirmación se proyecta al campo de la protección de los derechos humanos; al ser sus normas y principios de inmediata aplicación, el artículo 50 constitucional establece que “la falta de ley reglamentaria de estos derechos no menoscaba el ejercicio de los mismos”.

Claro está que no se trata (como ha aclarado la Corte Suprema de Justicia) de una imperatividad concebida en términos absolutos. Existen normas constitucionales de inmediata aplicación; pero, junto a ellas, hay otras de acusado carácter programático, o se trata de normas puramente atributivas de competencia, que requieren de desarrollo o reglamentación legislativa ulterior para adquirir toda su fuerza coactiva. La Corte Suprema de Justicia (al conocer de varios recursos de inconstitucionalidad), ha indicado que la propia Constitución distingue entre las *cláusulas directamente operativas*, que precetúan autónomamente, son completas y suficientes hasta agotar los requisitos sustanciales y procesales para su aplicación, y las *mediatamente operativas o programáticas*, que no pueden aplicarse sino cuando las complete la legislación ulterior, por requerirlo de esta manera la letra y el contenido del precepto. Sintéticamente: esas últimas normas programáticas no son base suficiente para una declaratoria de inconstitucionalidad, mientras el legislador no las haya desarrollado.¹³⁶

Como lógica consecuencia de todo lo anterior expuesto, y de manera muy especial del postulado de la supremacía constitucional, está la exigencia de que todos los actos estatales se encuentren sometidos a las disposiciones constitucionales, y —por consiguiente— la existencia

¹³⁶ *Idem*, pp. 14, 18, 19. Se trata, en realidad, de la ponencia presentada al Congreso: *La Constitución y su defensa*, México, UNAM, 1982.

de los medios jurídicos pertinentes para garantizar su efectividad. Expresado con toda diafanidad: los particulares han de tener el instrumental necesario para la promoción del control de constitucionalidad de aquellos actos.

En calidad de medios para la vigencia efectiva del Estado de derecho, el ordenamiento constitucional y legal venezolano consagra toda una amplia gama de recursos jurisdiccionales y defensas judiciales que, indudablemente, son el catálogo de las verdaderas posibilidades de defensa constitucional.

Así, los actos emanados del *Poder Judicial* pueden ser cuestionados a través de los recursos de apelación, estatuidos en el ordenamiento procesal, y los más importantes de esos actos pueden serlo mediante el recurso de casación ante la Suprema Corte de Justicia. Con la casación, la Suprema Corte ejerce un control de la constitucionalidad y legalidad de los actos judiciales.

Los *actos administrativos*, generales o individuales, pueden ser impugnados, ante la misma Suprema Corte de Justicia, mediante el recurso contencioso-administrativo de anulación, y cuyo conocimiento permite a la Corte ejercer el control de constitucionalidad y legalidad de los mismos, o sea controla la adecuación al derecho de los actos administrativos.

Finalmente, la Suprema Corte de Justicia conoce del *recurso de inconstitucionalidad*, es decir, controla la constitucionalidad de las leyes nacionales y demás actos de los cuerpos legislativos, de las leyes estatales, de las ordenanzas municipales y restantes actos de los cuerpos deliberantes de los estados o municipios, y de los reglamentos y demás actos del Ejecutivo nacional. De esta manera, todos los actos, dictados en el ejercicio del poder público, están bajo el control de constitucionalidad del Poder Judicial, ya sea directamente de la Suprema Corte, ya sea de los restantes tribunales de la República en los casos de la mayoría de los actos judiciales.

Resumiendo, en Venezuela, las dos formas más importantes del control jurisdiccional de los actos del Estado, en sus distintos niveles, son: el control de la constitucionalidad y el control contencioso-administrativo.¹³⁷

Venezuela, en forma explícita, establece en su Constitución un control de constitucionalidad de las leyes y de los demás actos de los cuerpos deliberantes de carácter nacional, estatal o municipal, de

¹³⁷ *Idem*, pp. 28-30.

los reglamentos y de los actos de gobierno, es decir, el control jurisdiccional de los actos estatales (con exclusión de los actos judiciales que tienen sus medios propios de control de la legalidad y de la constitucionalidad, de la misma forma que los actos administrativos).

El control de la constitucionalidad de los actos estatales permite a la Corte Suprema de Justicia declarar su nulidad cuando sean violatorios de la Constitución y autoriza, además, a los tribunales de la República a declarar la inaplicabilidad de dichos actos en un caso concreto.

Por consiguiente, el sistema venezolano de control de la constitucionalidad de las leyes tiene una considerable amplitud, ya que constituye una mezcla del control difuso anglosajón y del control concentrado de rasgos austriacos.

Brewer Carías¹³⁸ indica que el Código de Procedimientos Civiles vigente establece, expresamente, que cuando una ley (cuya aplicación se pida) colisionare con alguna disposición constitucional, los tribunales aplicarán ésta con preferencia. Y la norma procedimental no es nueva, sino que proviene del Código de Procedimientos Civiles de 1897.

Para el jurista venezolano, lo anterior supone la consagración del denominado control difuso de la constitucionalidad de las leyes, y permite a cualquier juzgador inaplicar una ley, que estime inconstitucional, aplicando preferentemente la Constitución, siempre que ello haya sido solicitado, como excepción, por una de las partes en un proceso cuyo conocimiento le corresponda.

Pero, además, la Constitución atribuye, con carácter expreso, a la Suprema Corte de Justicia competencia para declarar la nulidad total o parcial de las leyes nacionales, de las estatales y de las ordenanzas municipales, y de los actos de gobierno y reglamentos que choquen con la Constitución.

De esta manera, Brewer Carías estima que nos encontramos en presencia de un control concentrado (reservado a la Suprema Corte de Justicia en pleno), y cuyo objeto no es ya inaplicar la ley en un proceso concreto, sino declarar la nulidad por inconstitucionalidad de las leyes con efectos *erga omnes*, cuando ello se ha solicitado por vía de acción.

Pero ha sido (continúa el autor venezolano) la propia Suprema Corte quien ha puntualizado el ámbito del control de constitucionalidad de las leyes. A tal efecto, ha señalado que no únicamente la Corte Suprema, sino los jueces en general (cualquiera que sea su grado y por ínfima que sea su categoría), se erigen en custodios de la Consti-

¹³⁸ *Idem*, pp. 32-36.

tución, y aplican sus normas prevalecientemente en relación a las leyes ordinarias.

No obstante, la aplicación de la norma fundamental por parte de los jueces de grado, sólo surte efecto en el caso concreto debatido, y no alcanza —por lo mismo— sino a las partes interesadas en el conflicto; mientras que, cuando se trata de la ilegitimidad constitucional de las leyes pronunciadas por la Suprema Corte en ejercicio de su función soberana (como intérprete de la Constitución y en respuesta a la acción pertinente), los efectos de la decisión son *erga omnes* y cobran fuerza de ley.

En el primer caso, el control es incidental y especial; *en el segundo*, es principal y general, y cuando éste ocurre, es decir, cuando el recurso es autónomo, éste es formal o material, según que la nulidad recaiga sobre una irregularidad concerniente al proceso elaborativo de la ley, o bien que, sin embargo, de haberse legislado con formalismo regular, el contenido intrínseco de la norma adolezca de vicios sustanciales.¹³⁹

En Colombia, al decir de Sachica,¹⁴⁰ la defensa de la Constitución se inicia, en algunas constituciones anteriores a la de 1886, con diversos controles de tipo político, radicados en las cámaras legislativas. Dichos controles, por su mismo carácter político, fueron de dudosa eficacia y, desde luego, no crearon una auténtica garantía de las libertades y derechos individuales.

En la Constitución de 1886 se admitió un mero mecanismo previo de control de constitucionalidad (atribuido al presidente de la República), respecto de los proyectos de ley, facultándolo para formular objeciones de carácter constitucional, cuando eran sometidos a la sanción ejecutiva.

Sachica indica que se trataba de un control político, consistente en un Poder Ejecutivo de voto, que ponía de relieve la preeminencia presidencial frente al legislador; deformación evidente del sistema presidencialista tomado como modelo, que rebasaba, en mucho, su principio rector de la separación de poderes, pero dentro de un equilibrio entre los mismos.

Pero, en 1910, Colombia, sin plegarse a la rectoría del sistema norteamericano en la materia, y anticipándose a los europeos, establece (en el Acto Legislativo núm. 3) la supremacía constitucional sobre las leyes y el consiguiente control jurisdiccional, mediante acción pública.

¹³⁹ *Idem*, pp. 36 *in fine*.

¹⁴⁰ Sachica, Luis Carlos, "La Constitución y su defensa", en *Congreso: La Constitución y su defensa*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 1982.

otorgada a los ciudadanos, cuyo conocimiento es conferido a la Suprema Corte de Justicia, contra todas las leyes, para juzgar su inconstitucionalidad, con efectos generales, definitivos, y pro futuro.

Sin embargo, la problemática del control colombiano, aún no resuelta con carácter definitivo, trató de ser solucionada con la reforma al artículo 214 de la Constitución, de fecha 4 de diciembre de 1979, que venía a establecer en términos generales lo siguiente:

Se atribuye a la Corte Suprema de Justicia la función de garantizar la supremacía de la Constitución, y para ello se le faculta:

Primero. Para decidir, definitivamente, sobre las demandas de inconstitucionalidad presentadas contra los actos legislativos (reformas constitucionales), pero exclusivamente por los siguientes vicios formales:

a) Por haber sido aprobados sin el cumplimiento de requisitos previstos en el artículo 81 constitucional.

b) Por no haber sido aprobados en legislaturas ordinarias consecutivas.

c) Por haber sido aprobados, en la segunda legislatura, sin la mayoría absoluta de los individuos que componen cada Cámara.

Segundo. Para decidir, definitivamente, sobre las objeciones de inconstitucionalidad que el gobierno formule a los proyectos de ley, tanto por su contenido material, como por no haber sido tramitados y aprobados mediante el formalismo constitucional previsto.

Tercero. Para decidir, definitivamente, sobre las demandas de inconstitucionalidad presentadas contra las leyes, tanto por lo que hace a su contenido material, como por no haber sido tramitadas y aprobadas en la forma constitucionalmente prescrita.

Cuarto. Para decidir, definitivamente, sobre las demandas presentadas contra los decretos del gobierno nacional, expedidos con arreglo a los artículos 76, numeral 12, y 80, al ser violatorios de la Constitución.

Quinto. Para decidir sobre la exequibilidad de los decretos, dictados en base a los artículos 121 y 122, según los términos de las citadas disposiciones, y decidir —definitivamente— sobre las demandas que por inconstitucionalidad se presenten contra ellos.

Las funciones primera y quinta serán ejercidas por la sala plena en razón de los anteproyectos presentados por la sala constitucional. Las demás son de la competencia de la sala constitucional.

Pero la polémica, entorno a la sala constitucional, ha provocado la imposibilidad de un consenso definitivo, pues —en 1981— la Suprema

Corte vuelve a convertir a la sala constitucional en una simple creadora de proyectos para someterlos a la Corte Suprema.¹⁴¹

Por su parte, el artículo 215 (también reformado en diciembre de 1979) señala que las actuaciones de la Suprema Corte se adelantarán según las siguientes reglas:

1) Cualquier ciudadano puede ejercer las acciones previstas en el artículo anterior, o intervenir —en los procesos correspondientes— como impugnador o defensor.

La acción de inconstitucionalidad es pública tanto por sus titulares como por su finalidad. La pueden ejercer todos los ciudadanos, y constituye, realmente, un derecho político. Pretende las defensas de las instituciones, interés de carácter público, general y político. De ahí que sea obligatoria la intervención del procurador general de la nación en los procesos de constitucionalidad, ya que representa los intereses de la sociedad.¹⁴²

Con sus naturales connotaciones, de carácter nacional, podemos detectar análogas situaciones en Panamá (artículo 188), Constitución vigente de 1972, y en Perú, Constitución de 1979, y un largo etcétera de imposible referenciación. Solamente hay que añadir que, en Brasil (con evidente similitud a lo anteriormente expuesto), puede hablarse de la acción popular y representación (de constitucionalidad).¹⁴³

Hay —en toda Latinoamérica— un evidente protagonismo instrumental de la acción popular de inconstitucionalidad, como aportación específica de la región considerada globalmente, ya que (como dice Fix-Zmudío)¹⁴⁴ si bien tiene puntos de contacto con los efectos generales de los fallos de inconstitucionalidad de las leyes pronunciadas por los tribunales constitucionales europeos, sin embargo esta institución es conferida al órgano supremo de la jurisdicción ordinaria (Suprema Corte), y además, *y éste es el aspecto más interesante*, la demanda puede ser interpuesta por cualquier persona aun cuando la misma carezca de interés jurídico, al no resultar afectada por la disposición u ordenamiento combatidos.

México y España, sobre todo el recurso de amparo mexicano por su influencia decisiva en estos problemas de protección de los citados de-

¹⁴¹ Fix-Zamudio, Héctor, *Explicaciones de cátedra*, cit.; Sachica, Luis Carlos, "La Constitución y su defensa", en *Congreso...*, cit.

¹⁴² Sachica, Luis Carlos, "La Constitución y su defensa", en *Congreso...*, cit.

¹⁴³ Da Silva, José Afonso, "Sistema de Defesa da Constituição, brasileira", en *Congreso: La Constitución y su defensa...*, cit.

¹⁴⁴ Fix-Zamudio, Héctor, *La protección procesal de los derechos humanos*, cit., p. 136.

rechos, influencia extensiva a toda área latinoamericana y la propia España, *recurrirían de un trabajo específico*; ello no es posible y de ahí que, con las referenciaciones de las páginas anteriores de esta tarea, nos demos no por satisfechos, sino por inevitablemente constreñidos a los estrechos límites de una labor de carácter general como en ésta.

En *Alemania República Federal*, el Tribunal Constitucional de la Federación (coexistente con diversos tribunales constitucionales de las entidades federativas) constituye el resultado más logrado del desarrollo jurídico alemán en la materia.

El Tribunal Constitucional de la Federación reside en Karlsruhe, misma residencia de la Suprema Corte de Justicia (civil y penal), y fue creado por la ley fundamental de la República Federal Alemana del 23 de mayo de 1949 (artículos 93 y 94), y reglamentado por la Ley Orgánica del 12 de mayo de 1951, modificada en distintas ocasiones: 1956, 1963, 1970, 1971, 1974 y 1976.

Su función —señala Horn—¹⁴⁵ puede caracterizarse en el sentido de que marca los límites del Ejecutivo y del Legislativo de una manera eficaz. Además, revisa también las sentencias finales de las Cortes Supremas de Justicia en materia civil, penal, laboral, social y fiscal, aunque suele declarar, expresamente, en sus sentencias que no es una instancia adicional más. Efectivamente, se apoya en contravenciones constitucionales, fundamentalmente la negación de audiencia ante el tribunal.

Los antecedentes de conferir la defensa de la Constitución a un tribunal superior datan del siglo XIX; así, la Constitución de 28 de marzo de 1849 (dimanante de la revolución alemana de 1848), conocida como la "Constitución de la Iglesia de San Pablo", por el lugar de la reunión del primer Parlamento libre en Frankfurt del Men. Se previó un Tribunal del Imperio, con amplias atribuciones, en una verdadera versión de la jurisdicción constitucional. (La idea no cuajó, y el Tribunal Imperial de Bismarck del año de 1879 no era más que un tribunal supremo para decidir sobre los asuntos civiles y penales.)

Partiendo, pero yendo mucho más allá, de la tradición de la Corte Estatal para el Imperio alemán, prevista en el artículo 108 de la Constitución de Weimar, los constituyentes de Bonn no siguieron intencionalmente el modelo austriaco, ni siquiera a los modelos de las entidades federativas alemanas, ya existentes antes de la Federación, al decir de Horn.

¹⁴⁵ Horn, Hans Rudolf, "Justicia y defensa de la Constitución", en *Congreso...*, cit.

En esa tesitura, Horn¹⁴⁶ entiende que el precursor del Tribunal Constitucional de la Federación ha sido más bien el Tribunal del Imperio y no la Corte Estatal, aunque la ley federal adoptó algunas normas sobre la competencia de ésta.

El artículo 93, inciso 1, de la ley fundamental, establece la competencia del Tribunal Constitucional de la Federación, con facultades para decidir especialmente: sobre la interpretación de la ley fundamental respecto a controversias acerca del alcance de los derechos y las obligaciones de un órgano supremo de la Federación (número 1); en casos de divergencia de opinión o de dudas sobre la compatibilidad, formal o sustancial, de la legislación federal o de las entidades federativas con la ley fundamental o con otras normas del derecho federal, decidirá a petición del gobierno federal, de gobierno de una entidad federativa, o de un tercio de los miembros de la Cámara de Diputados (número 2), en casos de divergencia de opinión sobre los derechos y obligaciones de la Federación y de las entidades federativas, especialmente en lo que se refiere a la ejecución de las leyes federales y al ejercicio de la vigilancia federal (número 3).

Mediante una reforma constitucional del año 1969, fueron agregadas unas normas adicionales, según las cuales el Tribunal Constitucional de la Federación conocerá de *recursos constitucionales*, que podrán ser interpuestos por cualquier persona que se crea lesionada por el poder público en uno de sus derechos fundamentales (número 4, "a", del inciso 1 del artículo 93 de la ley fundamental); el mismo derecho tendrán los municipios con base al número 4 "B".

Estas regulaciones, antes de la reforma constitucional, solamente habían estado incluidas en la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional de la Federación (artículos 90-96). Las constituciones del Estado Libre de Baviera de 1919 y de 1946 ya habían contenido regulaciones semejantes.

El *recurso constitucional* presupone el agotamiento de las impugnaciones ordinarias. Una gran parte de recursos constitucionales se interponen contra resoluciones firmes dictadas en última instancia. Pero el mismo Tribunal Constitucional de la Federación podrá estimar que la impugnación debe admitirse inmediatamente, es decir, sin agotar la vía ordinaria, por considerar que el asunto reviste importancia, o que amenaza al recurrente un perjuicio grave o irremediable (artículo 90, inciso 2, de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional de la Federación).

¹⁴⁶ *Ibidem*.

El artículo 93, inciso 1, número 2, ya citado, posibilita el *control abstracto de constitucionalidad* de las leyes: que puede ser interpuesto por los órganos supremos federales o estatales o por parte de ellos. El otro medio para plantear dichas cuestiones, ante el Tribunal Constitucional de la Federación, es de carácter incidental o prejudicial, calificado por la doctrina como *control normativo concreto*.

En el caso, cuando el tribunal estima que es inconstitucional la ley aplicable al proceso concreto del cual está conociendo, debe suspender el procedimiento y elevar los autos al Tribunal Constitucional de la Federación, salvo cuando se trate de la contradicción de una ley estatal con la Constitución de la entidad federativa en cuestión, pues entonces debe acudirse al Tribunal Constitucional de ella, con objeto de que decida sobre el problema jurídico de la constitucionalidad planteado (artículo 100 de la ley fundamental; artículos 11, 80 a 82 de la ley orgánica).

El Tribunal Constitucional de la Federación —prosigue Horn—,¹⁴⁷ en su misma jurisprudencia, modifica las normas competenciales, en el sentido de que valgan las regulaciones constitucionales y legales sobre el control normativo concreto, exclusivamente en los casos de leyes formales promulgadas durante la vigencia de la ley fundamental, es decir, los demás tribunales podrán decidir, por sí mismos, cuando se trate de la constitucionalidad de leyes promulgadas en las épocas anteriores a la ley fundamental o de decretos del gobierno federal.

Sin embargo, dichas restricciones competenciales del Tribunal Constitucional de la Federación no operan en los casos del control normativo abstracto; el Tribunal mantiene la idea de que, entonces, debe cumplir su función como guardián de la Constitución en amplio sentido. Por contra, con el control normativo concreto quiere proteger al legislador democrático contra los jueces ordinarios, que no estarán autorizados a declarar inconstitucional una ley del Parlamento de la República Federal Alemana.

El Tribunal Constitucional de la Federación extiende esta jurisprudencia también, a aquellas leyes anteriores a la ley fundamental, que fueron adoptadas por el legislador al haber sido modificadas. La cuestión resulta clara cuando toda la ley ha sido promulgada de nuevo gracias a una reforma; pero, también, cuando una ley no fuera modificada esencialmente, puede ser estimada como adoptada por el legislador constitucional. (Horn ejemplifica: no es admisible que un juez

¹⁴⁷ *Ibidem*.

ordinario considere como inconstitucional a normas del Código Civil aunque se trate de secciones no modificadas en los últimos años.)

Otras competencias del Tribunal Constitucional de la Federación son las decisiones sobre la acusación del presidente federal o de jueces federales, la prohibición de partidos políticos y la pérdida de derechos fundamentales. Además, conoce del examen de elecciones, en casos de una reorganización del territorio federal, cuando se impugna una decisión de la Cámara de Diputados, y en caso de divergencias de sentencia de los tribunales constitucionales de las entidades federativas (artículo 100, inciso 3, de la ley fundamental).¹⁴⁸

Con harta razón, Horn indica que uno de los temas esenciales de la justicia constitucional son las consecuencias de un fallo judicial, que llega a la conclusión de que una ley examinada no es compatible con normas constitucionales.

En Austria, Italia y otros países, el mismo texto constitucional aclara los efectos de la inconstitucionalidad. En la República Federal Alemana, sin embargo, la ley fundamental confiere la regulación completa a la legislación ordinaria, prescribiendo, en su artículo 94, inciso 2, que la ley orgánica debe establecer en qué casos el fallo judicial tendrá fuerza de ley.

En efecto, el artículo 31 de la ley orgánica dispone que las decisiones del Tribunal Constitucional de la Federación obliguen a todos los órganos constitucionales de la Federación y de las entidades federativas, así como a todos los tribunales y autoridades.

El fallo del Tribunal Constitucional de la Federación tiene fuerza de ley:

- a) En los casos de duda o divergencia de opinión sobre la compatibilidad formal con la ley fundamental;
- b) En el procedimiento del control normativo abstracto (artículo 93, inciso 1, número 2, de la ley fundamental);
- c) En procesos sobre la conformidad de una ley federal con la Constitución, de una ley u otro precepto estatal con el derecho federal mediante el control normativo concreto, cuando el caso haya sido sometido por otro tribunal (artículo 100, inciso 1, de la ley fundamental);
- d) En los casos de duda sobre si una disposición de derecho internacional forma parte del derecho federal (artículo 100, inciso 2, de la ley fundamental), y
- e) En casos de discrepancia de opinión sobre la validez actual de

¹⁴⁸ *Ibidem*.

una disposición jurídica promulgada antes que la ley fundamental como derecho federal, conforme al artículo 126.

Las disposiciones indicadas rigen, también, para los casos de los recursos constitucionales. Si el Tribunal Constitucional de la Federación declara compatible o incompatible una ley en relación con la ley fundamental, esta declaración debe ser publicada en la *Gaceta Oficial de Leyes Federales*.

Directamente relacionado con lo consignado anteriormente, se encuentra la facultad del Tribunal Constitucional para dictar providencias precautorias con el objeto de evitar un grave perjuicio al promovente, o por cualquier otro motivo importante apoyado en razones de interés público (artículo 32, inciso 1, de la ley orgánica), impidiéndose, de esta manera, la consumación de la afectación de los derechos fundamentales, en forma similar a la medida cautelar de la suspensión del acto reclamado en el derecho mexicano.¹⁴⁹

Horn,¹⁵⁰ para terminar, nos señala que el sistema de justicia constitucional, pese a sus innegables deficiencias, funda su autoridad principalmente en su imparcialidad y en su reserva frente a la tentación de intervenir en asuntos políticos, para poder desempeñar su función como guardián supremo de la Constitución.

El sistema de justicia constitucional norteamericano ha sido objeto de exposición en este trabajo; pero no queremos terminarlo sin dejar reseñadas algunas brevísimas consideraciones en orden al momento actual; a ello vamos con la mayor concisión posible.

Schwarz,¹⁵¹ profesor de la Universidad de California, San Diego, indica que el concepto de la justicia constitucional tiene su base en los parámetros del Poder Judicial para interpretar los límites y poderes del gobierno nacional en la Constitución original de 1787. De ahí que la virtualidad operativa de la justicia, según la Constitución, debe ser analizada dentro del contexto de la amplitud y reforma en el sistema gubernamental sobre más de doscientos años de interpretación judicial.

Las libertades y derechos constitucionales se categorizan en tres sectores de derecho sustantivo: 1) La libertad de expresión, 2) Igualdad frente a la ley (*equal protection of the law*) y 3) Debido proceso legal (*due process of law*).

¹⁴⁹ Fix-Zamudio, Héctor, *La protección procesal de los derechos humanos*, cit., p. 175, in fine.

¹⁵⁰ Horn Hans, Rudolf, "Justicia y defensa de la Constitución", en Congreso... cit.

¹⁵¹ Schwarz, Carl E., "La Constitución de los Estados Unidos de América y su defensa: Una revista general y análisis crítico", en Congreso... cit.

En este sentido, el Poder Judicial ha sido ejercido a través de la facultad de "revisión judicial" (*judicial review*), fácilmente afectable por las amenazas y reacciones políticas de los otros poderes gubernamentales, cuando los tribunales pretenden ejercer la *judicial review* en forma independiente.

Para la protección más eficaz de los derechos individuales de la Constitución, las cortes federales han rendido, a los otros poderes nacionales, la legitimización y ampliación de sus acciones políticas en ciertas áreas claves de toma de decisión, de esta manera:

a) Relaciones extranjeras de los Estados Unidos, de especial definición por el presidente de la República.

b) Facultades del Ejecutivo nacional respecto a asuntos militares, y reconocimiento de los actos oficiales de gobiernos extranjeros contra intereses jurídicos de ciudadanos particulares de los Estados Unidos.

c) Amplio campo del poder nacional para regular e intervenir en el "flujo de comercio interestatal", con una variada gama de aspectos.

d) Sin carácter exhaustivo, desde luego, limitación de los poderes estatales en el área de libertades y derechos individuales provenientes del nivel federal.¹⁵²

En la última parte, la doctrina judicial de *incorporation* (incorporación) ha sido muy eficaz, para que los estados y municipios estén obligados a seguir las garantías del antedicho *Bill of Rights* y las enmiendas 13, 14, 15, 19 y 26 protectoras de la igualdad ante la ley en materia de votación, servitud y otra discriminación racial por los "actos del Estado".

El vehículo constitucional (afirma Schwarz) reside en la cláusula del "debido proceso legal" (enmienda catorce), y durante el liderazgo de Chief Justice Earl Warren de la Suprema Corte, 1954-69, la *incorporation* se utilizó para obligar a los estados a respetar y dar efectividad a la mayoría de los derechos individuales de las libertades civiles de expresión, así como los derechos procesales criminales, de conformidad con el citado *Bill of Rights*.

En cuanto a la competencia discrecional de los tribunales federales, hay tres tipos de competencia que controlan los asuntos que puede conocer el Poder Judicial federal.

1) La competencia original que constituye el menor número de los juicios conocidos por la Suprema Corte, pero el mayor de los conocidos por los jueces de distrito (juzgados federales de primera instancia); es

¹⁵² *Ibidem*.

decir, para la Suprema Corte, conflictos entre estados, entre estados y gobierno federal, y personal diplomático.

2) Máxima discrecionalidad para controlar sus demandas y programas de trabajo de parte del tribunal alto es mediante el juicio (*writ*) de *certiorari*. La mayoría de fallos completos (aproximadamente 150 de 4000 demandas por año), dimanan estas demandas de *certiorari*. Se trata de un vehículo muy selectivo por intención, cuando el *writ of certiorari* se estableció por la Regla 19 de la Suprema Corte en 1925 (a decir de Schwarz).¹⁵³

3) El tercer modo de conocimiento de la Suprema Corte es por medio del recurso de revisión de carácter mandatorio (*mandatory appeal*), que estaba establecido por el Congreso (28 United States Code 1257). Según la revisión (apelación), mandatorio, la Suprema Corte debe conocer fallos de otras cortes federales, que impugnan leyes federales o estatales, según fracciones constitucionales, o fallos de tribunales superiores estatales que estén contra la Constitución, leyes, tratados, o leyes de la nación, o sean fallos que han afirmado estas leyes en relación con demandas que las impugnen.

No obstante, Schwarz aclara que la palabra "mandatorio" es ilusoria. La Corte puede evitar una decisión por calificar la queja/demanda como "faltando una cuestión federal sustancial". Aproximadamente, la mitad de 200 de tales apelaciones "obligatorias" anuales son sujetos de esta desviación.

En cuanto a la revisibilidad y la doctrina de las "cuestiones políticas" (conforme a dicha doctrina), la Suprema Corte de los Estados Unidos alcanza el máximo grado de la escala en el sentido de la moderación del Poder Judicial, renunciando a cualquier responsabilidad en la decisión de un problema para el presente y para el futuro, con base en la consideración de que el caso podría ser resuelto mejor para las ramas electivas del gobierno estatal o federal.

Una y otra doctrina sobre la no-revisibilidad (añade el autor norteamericano), son únicas en cuanto a la permanencia de sus efectos. Cuando la Suprema Corte deniega un mandamiento (*writ*) de *certiorari* o la admisión de una demanda que invoca un fundamento distinto de la no-revisibilidad, ello significa tan sólo que dicho alto tribunal considera que el asunto no ha madurado aún, que no se ha causado al promovente perjuicio alguno, que los recursos administrativos de que éste dispone no han sido agotados, o que tiene todavía un recurso

¹⁵³ *Ibidem*.

adecuado por la vía de la doctrina de la abstención, entre los tribunales estatales en asuntos de derecho local.

En tales casos, el litigante, o una parte con mayor legitimación, puede tener muy bien la expectativa de regresar algún día, con su pretensión, ante el foro de la Corte. Pero, "una vez que la tesis de las 'cuestiones políticas' ha sido aplicada a un problema concreto, entran en juego las reglas del precedente y del *stare decisis*, las cuales determinarán la decisión judicial del mismo en los casos futuros". De esta manera, pues, la "cuestión política" "no está determinada por las circunstancias específicas del caso concreto, sino que está vinculada al problema mismo".

Y, agrega Schwarz,¹⁵⁴ no obstante constituir el punto de referencia más preciso para comparar el fundamento de la no-revisibilidad en otros países, la clasificación de las "cuestiones políticas" por áreas de problemas o materias es, también, la más fácil de desvirtuar con excepciones.

En el caso *Baker v. Carr* (1962) (el más relevante en materia de *reapportionment*, a la vez que constitutivo de una excepción a una área de asuntos tradicionalmente no justificable), el magistrado Brennan definió cinco categorías principales de "cuestiones políticas": las relaciones exteriores de los Estados Unidos, la determinación de los periodos de duración de las hostilidades, la validez de los decretos legislativos, la condición jurídica de las tribus indias y las formas "republicanas" de gobierno. En este sentido (apunta Schwarz) el profesor Fritz Schapt subdividió estas categorías en diecisiete áreas distintas de problemas.

La lista Schapt (indica Schwarz, y cuyo transcripción omitimos, por razones obvias de extensión del trabajo) acredita que el mayor volumen de "cuestiones políticas" se detecta en el área de relaciones exteriores y, dentro de esta parcela, en "las cuestiones de derecho interno e internacional que atañen, de forma inmediata, a las interacciones políticas y militares de los Estados Unidos con otros países".

Desgraciadamente (sigue Schwarz), debido al rigor en la fundamentación del principio de la separación de poderes, surgen dos grandes dificultades:

a) En primer término, dicho hilo conductor no explica satisfactoriamente el apartamiento de la Corte respecto de los casos relativos a la Cláusula de Garantía, casos en que los gobiernos *estatales* existentes fueron tachados de no ser "republicanos", conforme al artículo IV de la Constitución federal.

b) En segundo término, hay demasiadas excepciones a la abstención

¹⁵⁴ *Ibidem*.

de la Corte frente a cualquier "vinculación rigurosamente demostrable" (expresión de considerable ambigüedad), con las dos ramas federales del gobierno, y cuya expresión más acusada fue el caso relativo a los "documentos del Pentágono" (Pentagon Papers Case, 1971).

Otras cuatro áreas de derechos individuales (expresa Schwarz),¹⁵⁵ indican que la "cuestión política" todavía goza de alguna viabilidad Sintéticamente son:

I) Deportaciones de personas relacionadas con actividades comunistas o "subversivas";

II) Demandas para la suspensión de la conscripción militar sin declaración de guerra por el Congreso, situación especialmente planteada en el conflicto de Vietnam;

III) Demandas para suspensión y reclamos de daños civiles, referentes a conducción violenta de la Guardia Nacional (fallecimiento de cuatro estudiantes pacifistas en la Kent State University en mayo de 1970), y

IV) Quejas contra la Junta Nacional del Partido Democrático (Chicago, 1972), por exclusión anticonstitucional de un grupo del Estado de Illinois, afectante del mandamiento de la libertad de expresión de la primera enmienda.

La actitud de la Suprema Corte tiende a evitar situaciones desagradables por su ambigüedad (por ejemplo, fallos adversos al *New Deal* del presidente Franklin D. Roosevelt), como una mejor forma de protección efectiva de los derechos y libertades constitucionales.

En los Estados Unidos, y en otras naciones, se han utilizado procedimientos informales para la resolución de conflictos interpersonales, o han sido propuestos para corregir deficiencias básicas del sistema jurídico formal (de forma específica en relación a la adjudicación por juzgados).

Algunas de estas deficiencias (en la opinión de Schwarz) son:

1) Denegación del acceso judicial por causa de requerimientos técnicos de *standing*, competencia y revisibilidad, que, con frecuencia, aparecen muy complejos e impenetrables a los quejosos;

2) Altos costos financieros y complejidad procesal como relacionados a la litigación formal;

3) Aumento de los rezagos y retrasos de juicios, ya admitidos ante los tribunales, y

4) Falta de información y sensibilidad de los jueces en relación a los

¹⁵⁵ *Ibidem*.

aspectos, complejos y personales, de los conflictos encomendados a su resolución.

Los esfuerzos realizados para solucionar esta problemática reciben, en los Estados Unidos, la denominación de "alternativas de diversión" (*diversion alternatives*), y pretenden la resolución de dichos conflictos interpersonales fuera del sistema formal de adjudicación.

El concepto y su implantación ampliada recibieron el fuerte apoyo de la Conferencia Nacional sobre las Causas de Descontento Popular con la Administración de Justicia, y su *Report of the Pound Conference Follow-up Task Force* (Conferencia y reporte, patrocinados por la Conferencia Judicial de los Estados Unidos, integrada por el Poder Judicial federal, la Conferencia de Chief Justices estatales y la Asociación de la Barra Americana).

El informe citado recomendó nuevos mecanismos para la aplicación (*entregamiento*) de la justicia, incluyendo centros locales de justicia (tribunales populares de comunidades), más tribunales de reclamos pequeños (*small claims courts*) y juntas de arbitraje y conciliación.¹⁵⁶

Las recomendaciones también incluyeron la eliminación del "papeleo" judicial, en algunas áreas del derecho penal, en quejas por práctica profesional incorrecta, procedimientos no-contenciosos, y más allá el uso más grande de modos de resolución "no-culpa" (*no-fault*), en los conflictos civiles en áreas tales como: seguro, divorcio y agravios personales. El documento referenciado propone tres clases generales de *diversion alternatives*, para su aplicación en los Estados Unidos y otros países, basadas en un modelo funcional de la prevención y resolución de conflictos:

A) Programas dirigidos a sacar, completamente, del sistema jurídico formal algunos tipos de conflictos (seguros de automóviles *no fault*, descriminalización de algunas conductas como la prostitución, posesión de marihuana, y actividades menores de referencia a las drogas y el alcoholismo, delitos menores de tránsito, administración de juicios testamentarios, etcétera);

B) Programas para reducir la complejidad y costos de los procedimientos judiciales (proceso de *plea bargaining*) (acuerdos de procurador y abogados defensores con resultado de penas reducidas), tribunales de reclamos pequeños (*small claims courts*), procedimientos de divorcio de tipo *no-fault*, conferencias de conciliación fuera de la vigilancia directa del juez (*settlement conferences*), en conflictos civiles de agravios personales, etcétera, y

¹⁵⁶ *Ibidem*.

C) Programas que proveen, directamente, al núcleo central de la problemática: la transferencia de la controversia entera al foro no-judicial, lo que sea operado o vigilado por autoridades particulares o gubernamentales.

En relación a la C), las alternativas de diversión son subdivididas de conformidad a las siguientes clases funcionales:

a) Mecanismos oficiales, que utilizan modos informales para resolver conflictos; pero sus competencias son principalmente obligatorias para los reos o respondientes en el conflicto, y —cuando no cumplan— el organismo informal puede imponer penas o multas jurídicas. Ejemplos de este tipo serían: el arbitraje obligatorio; las juntas de conciliación ya mencionadas; la ampliación de la competencia de magistrados federales (no jueces, pero que pueden resolver conflictos sin juicios formales); la resolución administrativa de delitos menores (así, transgresiones al tráfico automovilístico).

b) Entidades particulares y públicas, que usan, en su mayor parte, técnicos o modos persuasivos para resolver conflictos y quejas en contra de funcionarios del gobierno y negocios privados. Están representados, fundamentalmente, por el trabajo de los *ombudsmen* gubernamentales; conciliación y mediación de quejas, por *ombudsmen*, en algunos canales de radio y televisión; las funciones conciliatorias de la Corporación Federal de Servicios Legales, establecida en 1974, por el Congreso, como un organismo descentralizado independiente para proveer asistencia jurídica a los pobres, y comisiones de asociaciones de barras de abogados en algunos estados, que disponen de quejas en contra de actividades incorrectas de abogados.

c) Mecanismos que envuelven principalmente a la gente común, técnicos de formación “para-legal”, o funcionarios especializados en mediación y conciliación (asesores), en vez de jueces. Estos centros de resolución de conflictos tratan a personas conocidas, directa y personalmente, y se encuentran ubicados en las áreas locales y en vecindades (centros de resolución de vecindades, o locales, *dispute settlement centers*).

Las ventajas, según Schwarz,¹⁵⁷ son las siguientes:

Primera. Reducen el retraso para quejosos potenciales con conflictos menores e interpersonales, para que alcancen un foro “tercera parte” de resolución.

Segunda. Promueven resoluciones con base en las relaciones multi-dimensionales de los contendientes y sus problemas, que —muchas ve-

¹⁵⁷ *Ibidem*.

ces— son consecuencia de controversias de muchos años y causaciones muy complejas. Representan una alternativa de negocio (*bargaining*), que es muy distinto del proceso conflictivo (“si y no”), entre litigantes, en el sistema judicial ortodoxo.

Tercera. Pretenden resolver tales conflictos interpersonales mediante modos de persuasión y mediación por terceras partes, que conocen la comunidad y el ambiente locales, en los cuales surgen los conflictos. Las resoluciones tienen, como característica principal, la de las concesiones mutuas.

Cuarta. El proceso de resolución se convierte, así, en más rápido, accesible y barato para todos.

Quinta. En consideración a este aspecto, funcionan los procedimientos informales para educar al público sobre recursos jurídicos y el derecho en general, mediante su exposición y participación personal en la operación del mismo sistema, lo que se conoce con la nomenclatura de “socialización legal”.

Sexta. La “socialización legal” sirve para alentar a los disputadores-clientes, en los centros locales, y para buscar y tratar de conseguir medios y modos de mejoramiento y reforma de las deficiencias más notorias en el sistema jurídico tradicional. El fin último sería el “control social del derecho”.

Schwarz¹⁵⁸ termina afirmando que se necesita un marco más imaginativo y sensitivo para remediar las brechas y lagunas en el logro de la justicia, y especialmente luchar por trasladar estos modos de resolución al siempre difícil campo de la justicia criminal.

Finalmente, en los países socialistas, teniendo en cuenta el límite insoslayable del respeto a la “legalidad socialista” (común a todos ellos), cabe indicar (como lo hace Fix-Zamudio)¹⁵⁹ a la *Procuratura* (con equivalencia a la fiscalía de algunas naciones occidentales), las reclamaciones y peticiones de los ciudadanos ante las diversas organizaciones sociales y políticas, y —desde luego— los partidos comunistas de cada nación. Pudiendo añadirse: la posibilidad, cada vez más efectiva, de acudir ante los tribunales para la defensa de los derechos humanos, y —por último— la ambigua introducción de un incipiente proceso de lo contencioso-administrativo; si bien todo ello enmarcado en los numerosos sistemas de control, políticos, jurídicos, sociales y económicos, características de los ordenamientos socialistas.

¹⁵⁸ *Ibidem*.

¹⁵⁹ Fix-Zamudio, Héctor, *La protección procesal de los derechos humanos*, cit., p. 246.