

INTRODUCCIÓN AL ESTUDIO PROCESAL COMPARATIVO DE LA PROTECCIÓN INTERNA DE LOS DERECHOS HUMANOS

Por Héctor Fix-ZAMUDIO
Director e Investigador del
Instituto de Investigaciones
Jurídicas de la UNAM

1. Necesidad de agotar los recursos internos para acudir a la vía internacional. 2. Los instrumentos procesales en sentido estricto y su clasificación. 3. El proceso ordinario, la justicia administrativa y la tutela por remedios específicos. 4. Los instrumentos angloamericanos; habeas corpus, revisión judicial y los writs de injunction y mandamus. 5. El sistema propio de Latinoamérica: el juicio de amparo, el mandamiento de seguridad y la acción popular de inconstitucionalidad. 6. El régimen europeo continental: el Consejo de Estado francés, los tribunales constitucionales y el recurso constitucional. 7. Los países socialistas: La procuratura soviética y los sistemas de control de la legalidad socialistas. 8. La solución escandinava: el Ombudsman.

1. Necesidad de agotar los recursos internos para acudir a la vía internacional.

Un tratadista argentino contemporáneo ha sostenido con gran agudeza, que lo que caracteriza el régimen democrático no es la inscripción de la libertad, sino su vigencia, y que en el terreno de la vigencia, la *acción procesal* es el elemento que en muchos casos puede afirmar el derecho, el medio de hacerlo valer, la vía para demandar su amparo.¹

En las profundas y vertiginosas transformaciones que estamos observando en nuestra época, una de las fundamentales ha consistido en el abandono de la pretensión romántica, que proviene de los revolucionarios franceses, en el sentido de que resulta suficiente consagrar los derechos de la persona humana en la Constitución Política, para que los mismos derechos sean respetados por autoridades y ciudadanos.²

En efecto, paulatinamente y en casi todos los países occidentales y recientemente también en los calificados como socialistas, se han establecido instrumentos procesales específicos para tutelar rápida y eficazmente los propios derechos del hombre, ya que una experiencia dolorosa nos ha enseñado que sin

¹ Cfr. Germán José Bidart Campos, *Doctrina del Estado democrático*, Buenos Aires, 1961, p. 298.

² Cfr. Héctor Fix-Zamudio, *Introducción al estudio de la defensa de la Constitución*, en "Boletín Mexicano de Derecho Comparado", México, enero-abril de 1968, pp. 104-106.

esos instrumentos, los derechos públicos subjetivos se transforman en simples expresiones formales, sin eficacia práctica.³

Dicha evolución nos ha llevado al reconocimiento internacional de la necesidad de establecer medios de protección procesal uniforme, especialmente en aquellos países que no los habían consagrado anteriormente, con el objeto de que los propios derechos del hombre puedan ser respetados universalmente y en esta dirección pueden enorgullecerse los juristas mexicanos, al haber aportado sus esfuerzos para lograr la consagración en los artículos XVIII y 8º, respectivamente, de las Declaraciones Americana y Universal de los Derechos del Hombre, del reconocimiento o confirmación de un juicio sencillo y breve que *ampare* a los particulares contra la violación de los multicitados derechos de la persona humana reconocidos en los ordenamientos nacionales.⁴

También se ha iniciado, así sea tímidamente, pero con posibilidades de expansión en el futuro, la tutela procesal de los derechos del hombre establecidos en los documentos de carácter internacional, la que se puede hacer valer ante organismos también internacionales, como ostensiblemente ocurre tratándose de la Comisión y la Corte Europea de los Derechos del Hombre;⁵ habiéndose introducido también respecto de entidades similares en el campo interamericano, de acuerdo con la Convención Americana sobre Derechos Humanos suscrita en San José, Costa Rica, en el mes de noviembre de 1969,⁶ con algunos precedentes anteriores.⁷

Lo expresado nos lleva al convencimiento de la necesidad ineludible de procurar el estudio comparativo de los instrumentos procesales específicos para la protección eficaz de los derechos humanos, tanto los del ámbito interno como los del campo internacional, por dos motivos fácilmente apreciables:

a) La necesidad de consolidar y reafirmar los medios procesales internos, sin los cuales resultan teóricos los esfuerzos por lograr la vigencia de los derechos humanos.

b) La protección internacional que se ha ido fortaleciendo últimamente, también resultaría inútil sin la instancia previa ante los tribunales nacionales.

³ Cfr. Héctor Fix-Zamudio, *op. ult. cit.*, pp. 113-118. *Id. Veinticinco años de evolución de la justicia constitucional, 1940-1965*, México, 1968, pp. 9-18.

⁴ Cfr. Felipe Tena Ramírez, *El aspecto mundial del amparo. Su expansión internacional*, en el volumen "México ante el pensamiento jurídico-social de Occidente", México, 1955, pp. 129-152; Germán Fernández del Castillo, *La Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre*, en el volumen "México en la IX Conferencia Internacional Americana", México, 1948, pp. 149-166.

⁵ Cfr. A. H. Robertson, *Human Rights in Europe*, Manchester, Inglaterra, 1963, pp. 43-106; Conseil de l'Europe, *L'Europe et la défense des droits de l'homme*, Strasbourg, 1961, pp. 22 y ss.

⁶ Cfr. Humberto E. Ricord, *Los derechos humanos y la Organización de los Estados Americanos*, México, 1970, pp. 103-119.

⁷ Cfr. Carlos García Bauer, *Los derechos humanos preocupación universal*, Guatemala, 1960, pp. 205-212; Pedro Pablo Camargo, *La protección jurídica de los derechos humanos y de la democracia en América*, México, 1960, pp. 223-334; Ann Van Wynen Thomas y A. J. Thomas, *The Interamerican Commission on Human Rights*, en "Southwestern Law Journal", Dallas, Texas, junio de 1966, pp. 282-309; Karel Vasak, *La Commission Interamericaine des Droits de l'Homme*, París, 1968, pp. 175-200.

Por otra parte, el citado estudio comparativo de los medios tutelares nacionales resulta el presupuesto indispensable para el análisis de los aspectos procesales de la protección internacional de los derechos humanos, que hasta el momento no ha merecido sino de manera aislada la atención de los procesalistas, pero que brillantemente ha iniciado el distinguido procesalista español Niceto Alcalá-Zamora y Castillo.⁸

No obstante todas las razones anteriores, tampoco el estudio de los instrumentos procesales nacionales se ha abordado con un criterio comparativo por los procesalistas, al menos en una forma lo suficientemente amplia para contar con un panorama de la materia, en un sector importante de los ordenamientos contemporáneos, con excepción destacada del tratadista italiano Mauro Cappelletti, el cual ha abordado brillantemente el tema en varios de sus estudios.⁹

En esta dirección debemos hacer notar que se advierte la tendencia a reafirmar la necesidad de los citados instrumentos internos de la tutela procesal de los derechos humanos en los documentos internacionales posteriores a las citadas Declaraciones Americana y Universal de los Derechos del Hombre, pudiendo mencionar como ejemplos los siguientes:

a) El artículo 13 de la Convención Europea para la protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, suscrita en Roma el 4 de noviembre de 1950, dispone que:

“Toda persona cuyos derechos y libertades reconocidos en la presente convención hubiesen sido violados, tiene derecho a que se le conceda un *recurso efectivo* ante una autoridad nacional, incluso cuando la violación hubiese sido cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.”¹⁰

b) El artículo 2, fracción 3a, del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, aprobada por las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966, establece en su parte conducente:

“Cada uno de los Estados en el presente Pacto se compromete a garantizar que: a) Toda persona cuyos derechos y libertades reconocidos en el presente Pacto hayan sido violados podrá interponer un *recurso efectivo*, aun cuando tal violación hubiera sido cometida por personas que actúan en ejercicio de sus funciones oficiales; . . .”¹¹

⁸ *Protección procesal internacional de los derechos humanos*, en este mismo volumen, a continuación de este cursillo.

⁹ Cfr. *La jurisdicción constitucional de la libertad*, trad. de Héctor Fix-Zamudio, México, 1961, pp. 1-128; *Id. El control judicial de la constitucionalidad de las leyes en el derecho comparado*, trad. de Cipriano Gómez Lara y Héctor Fix-Zamudio, México, 1966, pp. 5-75. Existe versión italiana. *Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel diritto comparato*, Milano, 1968, 134 pp.

¹⁰ Cfr. A. H. Robertson, *Human Rights in Europe*, cit., pp. 37-38.

¹¹ El citado precepto dispone en sus incisos b) y c): “La autoridad competente, judicial, administrativa o legislativa, o cualquiera otra autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado, decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso, y a desarrollar las posibilidades de recurso judicial”, y “Las autoridades competentes cumplirán toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso”. Carlos García Baer. *Los derechos humanos preocupación universal*, cit., pp. 140-141.

c) En forma bastante amplia, el artículo 25 de la citada Convención Americana sobre Derechos Humanos, que como ya habíamos expresado, fue suscrita en San José el 22 de noviembre de 1969, consagra también la “protección judicial”, en la siguiente forma:

“1. Toda persona tiene derecho a un *recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo* ante los jueces o tribunales competentes, que la *ampare* contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales. 2. Los Estados Partes se comprometen: a) a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso; b) a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y c) a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.”¹²

d) Aun cuando no se trata de un pacto internacional sino de una recomendación adoptada en una reunión académica, debemos mencionar la conclusión 4 establecida por la Conferencia Europea sobre el Individuo y el Estado, y que se ocupó sobre los “Elementos jurídicos esenciales para garantizar la protección individual”, reunida en Estrasburgo los días 26-27 de octubre de 1968, en el sentido de que: “*Derecho a recurso*. La ley debe prever la existencia de *recurso eficaz* contra las violaciones de los derechos individuales cometidas por organismos estatales, autoridades públicas o personas individuales.”¹³

El estudio de los instrumentos nacionales destinados a tutelar procesalmente los derechos humanos asume, además, una importancia fundamental desde el punto de vista de la naciente posibilidad del acceso de los afectados ante jurisdicciones de carácter internacional,¹⁴ en cuanto se ha establecido el principio del agotamiento previo de tales medios de impugnación internos como requisito previo e indispensable para acudir ante la vía internacional.

En este sentido podemos señalar las siguientes disposiciones de carácter internacional:

a) El artículo 26 de la señalada Convención Europea de los Derechos Humanos, en su parte conducente establece que los afectados no podrán ocurrir ante la Comisión Europea de los Derechos del hombre, sino después de

¹² Cfr. Humberto E. Ricord, *Los derechos humanos y la Organización de los Estados Americanos*, cit., pp. 110-111.

¹³ Publicada en “Boletín Mexicano de Derecho Comparado”, Núm. 4, enero-abril, 1969, pp. 259-267.

¹⁴ Cfr. Enrique Vescovi, *Il concetto del diritto subiettivo e la realtà contemporanea*, en “Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto”, Milano, septiembre-octubre de 1961, pp. 417 y ss; Modesto Seara Vázquez, *El individuo ante las jurisdicciones internacionales en la práctica actual*, en el volumen “Comunicaciones mexicanas al VI Congreso Internacional de Derecho Comparado”, México, 1962, pp. 233 y ss; Jesús Rodríguez y Rodríguez, *El derecho de acceso del individuo a jurisdicciones internacionales* (tesis). México, 1965, pp. 149 y ss.

haberse agotado todos los *recursos de derecho interno*, de acuerdo con los principios de derecho internacional generalmente reconocidos.¹⁵

b) El artículo 2º del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, aprobado por las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966, al establecer la Competencia del Comité de Derechos Humanos de las propias Naciones Unidas,¹⁶ para admitir reclamaciones individuales, exige el *agotamiento de todos los recursos internos disponibles*.

c) Finalmente en el artículo 46, inciso 1, párrafo a), de la Convención Interamericana de los Derechos Humanos, se dispone que para que una petición o comunicación presentada ante la Comisión Interamericana de los Derechos Humanos pueda ser admitida por la misma se requiere: "*que se hayan interpuesto y agotado los recursos de jurisdicción interna, conforme a los principios del Derecho Internacional generalmente reconocidos...*"¹⁷

Los preceptos internacionales anteriormente citados nos confirman en nuestra idea sobre la necesidad del estudio comparativo de los instrumentos nacionales de protección, tomando en consideración que no sólo resultan indispensables para la vigencia de los derechos humanos en el ámbito interno, sino también que su agotamiento constituye, según se ha visto, un requisito de procedibilidad para acudir ante las jurisdicciones internacionales que empiezan a surgir en los últimos años, para la tutela también internacional de los propios derechos humanos.

2. *Los instrumentos procesales en sentido estricto y su clasificación.*

Como resulta comprensible, en este estudio panorámico y forzosamente superficial, no se pretende una exposición totalizadora de todas las ramas del

¹⁵ Cfr. A. H. Robertson, *Human Rights in Europe*, cit., pp. 55-56.

¹⁶ De acuerdo con los artículos 28 a 45 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas, el Comité de Derechos Humanos se integra con dieciocho miembros electos en votación secreta de una lista de personas de gran integridad moral y con reconocida competencia en materia de derechos humanos, a propuesta de los Estados partes del pacto, entre sus nacionales; teniendo el citado Comité facultades para solicitar, recibir y examinar informes de los mismos Estados partes sobre las disposiciones que han tomado y que den efecto a los derechos reconocidos en el Pacto; así como comunicaciones en que un Estado parte alegue que otro no cumple con las obligaciones que le impone el propio pacto, procurando que los propios Estados lleguen a un acuerdo. También en este último supuesto, el artículo 41, inciso c) del Pacto de referencia, dispone que el Comité no puede conocer del asunto sin haberse cerciorado de que se han interpuesto y agotado en tal asunto todos los recursos de jurisdicción interna de que se pueda disponer, de conformidad con los principios de derecho internacional generalmente admitidos, a no ser que la tramitación de los citados recursos se prolongue injustificadamente: cfr. Carlos García Bauer, *Los derechos humanos preocupación universal*, cit., pp. 202-205.

¹⁷ Sin embargo, según lo dispuesto por el inciso 2, del mismo artículo 46 mencionado, no se exige el agotamiento de los recursos internos cuando: a) no exista en la legislación interna del Estado de que se trata, el debido proceso legal para la protección del derecho o derechos que se alega han sido violados; b) no se haya permitido al presunto lesionado en sus derechos el acceso a los recursos de la jurisdicción interna o haya sido impedido de agotarlos, y c) haya retardo injustificado en la decisión sobre los mencionados recursos.

enjuiciamiento en cuanto pueden servir o utilizarse para la tutela indirecta o refleja de los derechos de la persona humana, sino únicamente de aquellos instrumentos específicamente establecidos, o al menos utilizados como tales, para la tutela procesal directa y precisa de los propios derechos del hombre.

Sin embargo, esta afirmación que nos parece tan simple a primera vista, no lo es si tratamos de delimitar los citados instrumentos particulares de protección procesal de los derechos fundamentales, por lo que resulta necesario intentar una clasificación, en la inteligencia de que como todas las divisiones de carácter especulativo, resulta hasta cierto punto arbitraria, y utilizable exclusivamente para facilitar el análisis de una materia tan compleja.

Es cierto que se ha ensayado una clasificación de las garantías constitucionales entendidas como medios de defensa de la Ley Suprema, y de esta manera, indirectamente se hace referencia a la tutela de los derechos de la persona humana consagrados constitucionalmente; pudiendo mencionar en esta dirección al ilustre León Duguit, el cual distinguía entre garantías constitucionales preventivas y represivas,¹⁸ y al tratadista mexicano Rodolfo Reyes, quien clasificó los instrumentos de defensa de la Carta Fundamental, en medios preventivos, represivos y reparadores.¹⁹

Pero las divisiones anteriores, además de no referirse de manera concreta a los medios de tutela de los derechos del hombre, establecen una confusión entre los instrumentos sustantivos, los de carácter instrumental y los procesales propiamente dichos, en la inteligencia de que son estos últimos los únicos que deben ser considerados como verdaderas y propias "garantías constitucionales".²⁰

En consecuencia, haremos el intento de proponer una clasificación que pueda servir en forma exclusiva para los instrumentos procesales de los derechos humanos, los que sólo para efectos de estudio, podemos dividir en *indirectos, complementarios y específicos*.

a) *Los remedios procesales indirectos* son aquellos que están dirigidos a la protección de los derechos de carácter ordinario, pero que en forma refleja pueden utilizarse para la tutela de los derechos fundamentales, pudiendo encuadrar en este sector al proceso ordinario (civil, penal, laboral, etcétera) y a la justicia administrativa.²¹

b) Como *instrumentos complementarios* entendemos aquellos que si bien no han sido estructurados para proteger los derechos del hombre, se utilizan para sancionar la violación de los mismos, cuando la misma ha sido consu-

¹⁸ *Soberanía y libertad*, trad. de José G. Acuña, Buenos Aires, 1943, pp. 122-123.

¹⁹ *La defensa constitucional*, Madrid, 1934, pp. 125-133; criterio que también sigue Maximiliano Kestler Farnés, *Introducción a la teoría constitucional guatemalteca*, 2a. Ed., Guatemala, 1964, pp. 457-461.

²⁰ Para la diferenciación entre defensa constitucional, medios protectores y garantías constitucionales, cfr. Héctor Fix-Zamudio, *Introducción al estudio de la defensa de la Constitución*, cit., pp. 105-114.

²¹ Cfr. Héctor Fix-Zamudio, *La protección procesal de las garantías individuales en América Latina*, en "Revista de la Comisión Internacional de Juristas", Ginebra, diciembre de 1968, pp. 74-77.

mada, y en este sentido equivalen a los medios represivos dentro de la clasificación de Rodolfo Reyes.²²

Fundamentalmente son dos los medios complementarios: el juicio político o de responsabilidad de los altos funcionarios, cuando los mismos han infringido la Constitución, y particularmente los derechos humanos,²³ y la responsabilidad económica del Estado y sus servidores, cuando su actividad ha ocasionado daños y perjuicios al afectar los mismos derechos fundamentales.²⁴

c) Los *medios procesales específicos* son aquellos que se han configurado para otorgar una protección rápida y eficaz a los derechos fundamentales, de manera directa y generalmente con efectos reparadores, ya que no es suficiente la sanción de tales violaciones, requiriéndose la restitución al afectado en el goce de los derechos infringidos.

Estos instrumentos pueden agruparse dentro de la institución que el procesalista italiano Mauro Cappelletti ha calificado de manera afortunada como "*Jurisdicción constitucional de la libertad*".²⁵

²² *La defensa constitucional*, cit., pp. 126, que los define como "todo aquel conjunto de responsabilidades, desde las más altas que la Constitución o una ley constitucional imponen al jefe del Estado, a los ministros y altos funcionarios, las que fija la ley de Organización judicial y, por fin, el Código penal contra todos los atentados constitucionales..."

²³ El artículo 13 de la Ley de responsabilidad de los funcionarios y empleados de la Federación, del Distrito y Territorios Federales y de los altos funcionarios de los Estados, de 30 de diciembre de 1939, tipifica como delitos oficiales de los altos funcionarios federales: "I. El ataque a las instituciones democráticas; II. El ataque a la forma de gobierno republicano representativo federal; III. El ataque a la libertad de sufragio; IV. La usurpación de atribuciones; V. *La violación de garantías individuales*; VI. Cualquiera infracción a la Constitución o a las leyes federales, cuando causen perjuicios graves a la Federación o a uno o varios Estados de la misma, o motiven algún trastorno en el funcionamiento normal de las instituciones; VII. Las omisiones de carácter grave en los términos de la fracción anterior." Cfr. Héctor Fix-Zamudio, *Las garantías constitucionales en el derecho mexicano*, en "Revista de la Facultad de Derecho", Culiacán, Sinaloa, México, 1967, pp. 181-193.

²⁴ Esta responsabilidad tanto de los funcionarios como del Estado por actos u omisiones ilegales que afectan los derechos fundamentales de los gobernados, se ha desarrollado considerablemente en los países angloamericanos, pero se encuentra apenas en sus comienzos en la legislación mexicana, ya que esencialmente se apoya en lo dispuesto por el artículo 10 de la Ley de Depuración de Créditos a cargo del Gobierno Federal de 31 de diciembre de 1941, que establece la posibilidad de reclamar un crédito en contra del Gobierno Federal y ante el Tribunal Fiscal de la Federación, por actos u omisiones que impliquen una culpa en el funcionamiento de los servicios públicos; o bien en los términos de los artículos 105 constitucional y 11, fracción iv, de la Ley Orgánica del Poder Judicial Federal ante la Suprema Corte de Justicia, cuando a juicio del Tribunal en Pleno se considere la controversia de importancia trascendental para los intereses de la Nación; en la inteligencia de que en los casos de menor importancia se puede seguir un juicio ordinario federal ante los tribunales de la Federación; pero en todos estos supuestos la eficacia de las reclamaciones es bastante limitada: cfr. Héctor Fix-Zamudio, *Introducción al estudio del proceso tributario en el derecho mexicano*, en la obra "Perspectivas del derecho público en la segunda mitad del siglo xx. Homenaje a Enrique Sayagués-Laso", t. III, Madrid, 1969, pp. 1084-1085; *Id. Las garantías constitucionales en el derecho mexicano*, cit., pp. 199-202.

²⁵ En la obra del mismo nombre, citada en la nota 9, especialmente pp. 111 y ss.

En este sector podemos mencionar una serie de instrumentos que cumplen esta función de tutela directa de los derechos humanos, como el *habeas corpus*, el juicio de amparo regulado por los ordenamientos de numerosos países latinoamericanos —incluyendo el mandamiento de seguridad brasileño—; el control judicial de la constitucionalidad de las leyes, cuando afectan los derechos subjetivos públicos de los reclamantes;²⁶ algunos medios de impugnación específicos del derecho europeo tales como la *Verfassungsbeschwerde* del derecho alemán, la *Beschwerde* del ordenamiento austriaco, la *Staatrechtliche Beschwerde* de Suiza, etcétera;²⁷ la transformación de recursos tradicionales angloamericanos en medios específicos, como ha ocurrido en la India y Birmania con los writs de *injunction*, *mandamus*, *quo warranto* etcétera.²⁸

Aun cuando no pueden considerarse como instrumentos procesales en sentido estricto, debemos mencionar también dentro del sector que estamos examinando, a la defensa de los derechos humanos que ha sido encomendada a la llamada *Procuratura* o Procuraduría de los ordenamientos socialistas, y al *Ombudsman* escandinavo, que últimamente ha sido adoptado por otros países del mundo occidental; ya que estas instituciones se han establecido con la función esencial de la tutela de los citados derechos fundamentales.²⁹

3. El proceso ordinario, la justicia administrativa y los remedios específicos.

Como no sería posible abarcar todos los instrumentos que hemos mencionado en el apartado anterior, nos referimos a los que asumen una mayor importancia, tanto por haber atraído la atención de la doctrina, la legislación y la jurisprudencia, como por constituir aquellos medios tutelares de los derechos humanos, tanto reflejos como directos, que se utilizan con mayor frecuencia en la práctica.

a) *El proceso ordinario*. En esta materia existe confusión en cuanto no se ha delimitado con precisión una doble función del proceso ordinario en cuanto a los derechos fundamentales consagrados.

a' En efecto, desde un primer ángulo, el proceso constituye el medio a través del cual los gobernados pueden lograr su defensa contra cualquier afectación de sus derechos ordinarios, ya que una gran parte de las Cartas Constitucionales establece el principio del *debido proceso legal*, o del derecho de defensa en juicio, que se inspira en buena parte en el derecho angloamericano, consolidado en las Enmiendas v y xiv de la Constitución de los Estados Unidos.³⁰

²⁶ Cfr. Héctor Fix-Zamudio, *La protección procesal de las garantías individuales en América Latina*, cit., pp. 77 y ss.

²⁷ Cfr. Mauro Cappelletti, *La jurisdicción constitucional de la libertad*, cit., pp. 17 y ss.

²⁸ Cfr. Héctor Fix-Zamudio, *Veinticinco años de evolución de la justicia constitucional*, cit., pp. 55-57.

²⁹ Cfr. entre otros, Henry Puget, *Le contrôle de l'administration: les systèmes classiques, l'Ombudsman et la Prokuratura*, en "Revue Internationale de Droit Comparé", Paris, enero-marzo de 1965, pp. 5-19.

³⁰ Sobre el alcance del "*due process of law*" en el derecho constitucional estadounidense, Edward S. Corwin, *The Constitution and what it means today*, 12a. Ed., New York,

En esta misma dirección debemos entender la corriente doctrinal que estima al derecho procesal de acción, como un derecho subjetivo público o derecho del hombre, paralelo al derecho constitucional de petición.³¹

Podemos comprender en esta perspectiva la profunda frase del distinguido procesalista uruguayo Eduardo J. Couture al afirmar que: “El instante realmente dramático es aquel en que el juez, modesto o encumbrado, ignorante o excelso, profiere su solemne afirmación implícita en la sentencia: *ésta es la justicia que para este caso está anunciada en el Preámbulo de la Constitución.*”³²

Este derecho fundamental de la defensa en juicio que se encuentra estrechamente relacionado con la acción procesal, también como derecho subjetivo público de carácter constitucional, ha sido reconocido como tal por los documentos internacionales que han regulado los derechos humanos, como se desprende de la primera parte del artículo XVIII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre;³³ artículo 10 de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre;³⁴ el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas;³⁵ artículo 6º de la Convención Europea para la protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales;³⁶ y artículo 8º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.³⁷

Sin embargo, no debe confundirse al proceso como medio para la protección de los derechos ordinarios, como ocurre en este sector que estamos examinando, aun cuando el citado proceso sea la institución necesaria para realizar

1964, pp. 210-226; 248-272; Lêda Boechat Rodrigues, *La Suprema Corte y el derecho constitucional norteamericano*, trad. de Justo Pastor Benítez, México, 1965, pp. 162-211.

³¹ Cfr. entre otros, Eduardo J. Couture, *Fundamentos del Derecho procesal civil*, 3a. Ed., Buenos Aires, 1958, pp. 74-79, Francesco Carnelutti, *Sistema de Derecho procesal civil*, trad. de Niceto Alcalá-Zamora y Castillo y Santiago Sentís Meleno, t. II, Buenos Aires, 1944, pp. 636-638.

³² *Las garantías constitucionales del proceso civil*, en el volumen “Estudios de derecho procesal en honor de Hugo Alsina”, Buenos Aires, 1946, p. 212.

³³ Esta disposición determina: “Toda persona puede acudir a los tribunales para hacer valer sus derechos...”

³⁴ Dicho precepto establece: “Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquiera acusación contra ella en materia penal.”

³⁵ La parte relativa del citado precepto dispone: “1. Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil...”

³⁶ De acuerdo con la parte correspondiente de la citada disposición: “1) En la determinación de sus derechos y obligaciones civiles o de cualquier acusación criminal contra ella, toda persona tiene derecho a una audiencia equitativa y pública dentro de un plazo razonable por un tribunal independiente e imparcial, establecido por la ley...”

³⁷ Dicho precepto establece en su parte relativa: “1. Toda persona tiene derecho a ser oída con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la substanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral fiscal o de cualquier otro carácter...”

los derechos fundamentales de defensa en juicio y de acción, que son inseparables; con la función del mismo proceso como instrumento indirecto de protección de los derechos humanos, individuales y sociales, consagrados por la Carta Fundamental.

Esta aclaración tiene sentido en cuanto la legislación, doctrina y jurisprudencia mexicanas, por motivos de carácter histórico-político,³⁸ han otorgado a la violación de los derechos ordinarios a través del proceso, el carácter de afectación de un derecho fundamental de justicia e inclusive lo han consagrado en el artículo 14 de la Carta Fundamental vigente,³⁹ aun cuando en el propio artículo se establezca simultáneamente el derecho de defensa en juicio o derecho de audiencia;⁴⁰ lo que ha provocado la confusión entre los derechos fundamentales y los derechos ordinarios, puesto que, como lo señalamos oportunamente, toda afectación de un derecho ordinario en una sentencia judicial, se estima formalmente como una violación del artículo 14 constitucional, es decir, de un derecho del hombre.⁴¹

b' En realidad, al hablar del proceso ordinario como instrumento indirecto de la protección de los derechos humanos nos queremos referir a un aspecto diverso del llamado derecho fundamental de justicia, debido proceso legal o al derecho procesal de acción; es decir, pretendemos aludir a la posibilidad de que el mismo proceso ordinario constituya el medio en el cual pueda plantearse la tutela de los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente.⁴²

Desde esta perspectiva podemos descubrir varias hipótesis:

a'' En un primer sentido, son varias las legislaciones que exigen que para la interposición de los instrumentos específicos de protección, como por ejemplo los recursos constitucionales en Suiza y la República Federal Alemana, deben agotarse previamente todos los medios de impugnación de carácter judicial, salvo casos de excepción.⁴³

³⁸ Cfr. Emilio Rabasa, *El artículo 14. Estudio constitucional*, 2a. Ed., México, 1955, pp. 3 ss.; Alfonso Noriega, *El origen nacional y los antecedentes hispánicos del juicio de amparo*, en "Jus", México, septiembre de 1942, pp. 151-174.

³⁹ En los párrafos tercero y cuarto del artículo 14 constitucional se dispone: "En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía y aun por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata. En los juicios del orden civil, la sentencia definitiva deberá ser conforme a la letra, o a la interpretación jurídica de la ley, y a falta de ésta se fundará en los principios generales del derecho."

⁴⁰ Cfr. Ignacio Burgoa, *Las garantías individuales*, 6a. Ed., México, 1970, pp. 513-558.

⁴¹ Cfr. Héctor Fix-Zamudio, *Reflexiones sobre la naturaleza procesal del amparo*, en "Revista de la Facultad de Derecho de México", Núm. 56, octubre-diciembre de 1964, pp. 982 y ss.

⁴² Cfr. Karl August Bettermann, *Der Schutz der Grundrechte in der ordentliche Gerichtsbarkeit* (La protección de los derechos fundamentales en la jurisdicción ordinaria), en el volumen "Die Grundrechte. Handbuch der Theorie und Praxis der Grundrechte", t. II, vol. 2, Berlín, 1959, pp. 779; Eduardo J. Couture, *Las garantías constitucionales en el proceso civil*, cit., pp. 169 y ss.

⁴³ Cfr. Mauro Cappelletti, *La jurisdicción constitucional de la libertad*, cit., pp. 25, 26, 76-77.

b" En numerosos ordenamientos el proceso ordinario es el medio en el cual se puede plantear la cuestión de inconstitucionalidad de manera incidental, cuando se considera que la ley aplicable al caso concreto es inconstitucional, lo que puede ocurrir en el supuesto de que el mismo ordenamiento aplicable se estime violatorio de los derechos del hombre, como sucede tratándose de la revisión judicial del derecho angloamericano, en el cual se requiere, como regla general, la existencia de una controversia concreta en un proceso judicial determinado.⁴⁴

c" Inclusive en los países que siguiendo el modelo austríaco han establecido tribunales constitucionales específicos, el mismo proceso ordinario constituye uno de los medios para plantear la inconstitucionalidad de leyes violatorias de los derechos fundamentales, según lo podemos señalar con la llamada *Richterklage* (instancia judicial) de los derechos austríaco⁴⁵ y federal alemán,⁴⁶ según la cual, cuando los jueces de cualquier categoría o bien sólo los de los Tribunales Supremos —esto último en Austria— estiman que una ley es inconstitucional, deben suspender el procedimiento y enviar los autos al Tribunal Constitucional respectivo, para que decida sobre esta cuestión de inconstitucionalidad.

En Italia, con excepción de la reclamación directa por la República o las Regiones Autónomas de la inconstitucionalidad de sus ordenamientos respectivos,⁴⁷ sólo en un proceso concreto y a través de una cuestión prejudicial⁴⁸ es posible plantear la inconstitucionalidad de la ley aplicable al caso, y es en esta dirección que el ilustre procesalista florentino Piero Calamandrei afirmaba que el juez ordinario es el único que puede abrir la puerta a la competencia de la Corte Constitucional Italiana,⁴⁹ con mayor razón cuanto que, como veremos más adelante, no existe en el ordenamiento italiano un instrumento específico para impugnar de manera directa las violaciones de los derechos humanos.⁵⁰

d" Finalmente, y de manera más sutil, el juez ordinario, a través de un proceso concreto, al aplicar las disposiciones legales secundarias, debe interpre-

⁴⁴ Cfr. Edward McWhinney, *Constitutional review in the Commonwealth*, en el volumen "Verfassungsgerichtsbarkeit in der Gegenwart" (La jurisdicción constitucional en la actualidad), Köln-Berlin, 1962, pp. 82-85.

⁴⁵ Cfr. Mauro Cappelletti, *El control judicial de la constitucionalidad de las Leyes en el derecho comparado*, cit., pp. 56-58.

⁴⁶ Cfr. Ernst Friesenhann, *Die Verfassungsgerichtsbarkeit in der Bundesrepublik Deutschland* (La jurisdicción constitucional en la República Alemana), en el citado volumen "Verfassungsgerichtsbarkeit in der Gegenwart", pp. 136-139.

⁴⁷ Cfr. Mauro Cappelletti, *La justicia constitucional en Italia*, trad. de Héctor Fix-Zamudio, en "Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México", Núm. 37, enero-abril de 1960, pp. 45-46.

⁴⁸ Cfr. Giuseppe Abbamonte, *Il processo costituzionale italiano, I, Il sindacato incidentale*, Napoli, 1957, pp. 25 y ss.; Mauro Cappelletti, *La pregiudizialità costituzionale nel processo civile*, Milano, 1957, pp. 44 y ss.

⁴⁹ *La ilegitimidad constitucional de las leyes en el proceso civil*, y *Corte Constitucional y autoridad judicial*, ambos trabajos publicados en el volumen "Estudios sobre el proceso civil", trad. de Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, 1962, pp. 66-68; y 137-151, respectivamente.

⁵⁰ Cfr. Piero Calamandrei, *Corte Constitucional y autoridad judicial*, cit., pp. 124-126

tar dichas disposiciones de acuerdo con los textos y principios constitucionales, a través de lo que la doctrina ha calificado como “control de la constitucionalidad mediante interpretación judicial”, lo que significa que en un proceso ordinario el juez posee la facultad indirecta de adecuar los preceptos legales secundarios a los de carácter constitucional que consagran los derechos del hombre⁵¹ lo que no constituye una simple posibilidad teórica, sino que ha producido resultados en la práctica.⁵²

b) *La justicia administrativa*, asume diversas modalidades en los ordenamientos contemporáneos, pero que va tomando mayor impulso, no sólo en los países influidos por el sistema francés de tribunales administrativos de jurisdicción delegada, como el famoso Consejo de Estado, sino también en los Estados Unidos e Inglaterra, que en los últimos años han creado una gran variedad de tribunales administrativos.⁵³

La justicia administrativa, comprende dos aspectos, o sean los llamados recursos administrativos internos, que no son propiamente de carácter procesal, pero que se utilizan para depurar los actos administrativos,⁵⁴ y fundamentalmente, el proceso administrativo propiamente dicho, que se conoce más generalmente con la denominación impropia de “contencioso-administrativo”;⁵⁵ y ambas instituciones pueden servir de instrumento indirecto de protección de los derechos humanos en varias direcciones, de las cuales podemos señalar:

a’ Como ocurre con el proceso ordinario, para intentar los recursos específicos, previamente es necesario agotar la vía interna y la de los tribunales administrativos, pudiendo señalar como un ejemplo evidente en este sentido, al derecho austriaco.⁵⁶

⁵¹ Cfr. Juan Francisco Linares, *Control de constitucionalidad mediante interpretación*, en “Jurisprudencia Argentina”, Buenos Aires, 18 de abril de 1961, pp. 1-3.

⁵² Cfr. Giorgio Lombardi, *Potere privato e diritto fondamentali*, I, Torino, 1970, pp. 26 y ss.; 61 y ss.; Kenneth M. Lewan, *The significance of constitutional rights for private law; theory and practice in West Germany*, en “The International and Comparative Law Quarterly”, London, julio de 1968, pp. 571-601.

⁵³ Cfr. Lewis Mayers, *El sistema legal de los Estados Unidos*, trad. de Ernesto Weinschelbaum, Buenos Aires, 1958, pp. 381 y ss.; Rita Pérez, *L’istruzione nel procedimento amministrativo. (Studi sui mezzi di informazione della pubblica amministrazione negli Stati Uniti e in Italia.)*, en “Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico”, Milano, julio-septiembre de 1966, pp. 623-674; Serio Galcotti, *The judicial control of public authorities in England and in Italy*, London, 1954, pp. 37 y ss.

⁵⁴ Existe una amplia bibliografía sobre los recursos administrativos, pero nos limitamos a citar los siguientes estudios: Jesús González Pérez, *Los recursos administrativos*, 2a. Ed., t. I, Madrid, 1964, pp. 104-107; Alfonso Nava Negrete, *Derecho procesal administrativo*, México, 1959, pp. 67-105; Gabino Fraga, *Derecho administrativo*, 9a. Ed., México, 1962, pp. 283 y ss.; Andrés Serra Rojas, *Derecho administrativo*, 4a. Ed., t. II, México, 1968, pp. 1175-1193; Humberto Briseño Sierra, *El proceso administrativo en Iberoamérica*, México, 1968, pp. 105-134, etcétera.

⁵⁵ Sobre el concepto de proceso administrativo y la impropiedad de la calificación de “contencioso-administrativo”, cfr. el fundamental estudio de Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, *Proceso administrativo*, en “Revista de la Facultad de Derecho de México”, Núm. 51, julio-septiembre de 1963, pp. 603-626.

⁵⁶ Cfr. Félix Ermacora, *Der Vergassungsgerichtshof* (La Corte Constitucional), Graz, Austria, 1956, pp. 316-319; Mauro Cappelletti, *La jurisdicción constitucional de la libertad*, cit., p. 36.

b" En los países en los cuales no existen remedios específicos, como ocurre en Francia, Italia, Bélgica, e inclusive en América, Colombia y Ecuador —aun cuando en el último se hubiese establecido el amparo en 1967— son los Tribunales Administrativos y específicamente el Consejo de Estado, los que tutelan al particular frente a los actos de la administración, y si bien esa tutela se refiere directamente a la afectación de los derechos secundarios, de manera refleja se protegen los derechos fundamentales, y a este respecto debemos señalar la jurisprudencia admirable del Consejo de Estado Francés, el cual ha sido calificado recientemente como "juez constitucional".⁵⁷

Un ejemplo significativo en este sentido lo encontramos en el derecho colombiano, ya que por Decreto núm. 2733 de 7 de octubre de 1959, se reglamenta el derecho constitucional de petición,⁵⁸ el cual debe hacerse valer a través de un procedimiento administrativo que se incorporó al Código Contencioso Administrativo de 1941.⁵⁹

También resulta significativo que el Consejo de Estado del Ecuador, ha recibido en varias ocasiones la denominación de Tribunal de Garantías Constitucionales, como lo podemos señalar en la Carta de 1945, reintegrándosele su primitivo nombre en la Constitución de 1946, para devolversele la denominación de Tribunal de Garantías en la Constitución vigente de 1967, y entre cuyas atribuciones se encuentra, en los términos del artículo 220, fracción 1ª la última Carta Fundamental, la de: "Velar por la observancia de la Constitución, y especialmente las garantías constitucionales (derechos del hombre), pudiendo excitar al respecto al Presidente de la República y demás funcionarios. . ." ⁶⁰

Podemos señalar como tribunal administrativo con funciones de control constitucional, a la Contraloría General de la República de Chile, la que, además de sus atribuciones de tribunal de cuentas, posee la de tomar razón de los decretos supremos y de las resoluciones de los Jefes de Servicios, sobre la materia de su competencia, pronunciándose sobre la constitucionalidad o ilegalidad de que puedan adolecer en un plazo de treinta días contados desde la fecha de su recepción, pero deberá darles curso cuando no obstante su manifestación, el presidente de la República insista en la aceptación, con la firma de todos sus ministros (artículos 10 y siguientes de la Ley 10,336, texto unificado de 1964).⁶¹

⁵⁷ Cfr. el profundo y documentado estudio de Francine Batailler, *Le Conseil d'Etat juge constitutionnel*, Paris, 1966, pp. 7-58.

⁵⁸ Sobre el derecho constitucional de petición establecido por el artículo 45 de la Constitución colombiana, cfr. Álvaro Copete Lizarralde, *Lecciones de derecho constitucional colombiano*, 3a. Ed., Bogotá, 1960, pp. 104-105; Francisco de Paula Pérez, *Derecho constitucional colombiano*, 5a. Ed., Bogotá, 1962, pp. 209-210; Luis Carlos Sachica, *Constitucionalismo colombiano*, 2a. Ed., Bogotá, 1966, pp. 430-432.

⁵⁹ Decreto Núm. 2733 de 7 de octubre de 1959, por el cual se reglamenta el derecho de petición y se dictan normas sobre procedimientos administrativos: cfr. Jorge Ortega Torres, *Código Contencioso Administrativo*, 2a. Ed., Bogotá, 1965, pp. 494-503.

⁶⁰ Sobre la situación del Tribunal de Garantías Constitucionales o Consejo de Estado, en las Constituciones de 1945 y 1946, cfr. Juan I. Lovato V., *Principios constitucionales de Derecho procesal ecuatoriano*, Quito, 1960, pp. 114-115.

⁶¹ Cfr. Alejandro Silva Bascuñán, *Tratado de derecho constitucional*, t. III, Santiago, 1963, pp. 310 y ss.; Carlos Estévez Gazmuri, *Elementos de derecho constitucional*, San-

Sin embargo, debemos tomar en consideración que cuando la justicia administrativa funciona como instrumento sustantivo o complementario de los instrumentos específicos para la protección de los derechos humanos, no debe considerarse como estrictamente adecuado para la tutela de los propios derechos fundamentales, por dos razones esenciales:

a' Tanto el procedimiento como el proceso administrativos se estructuran de acuerdo con los derechos sustantivos a los cuales deben realizar, que son de carácter ordinario, puesto que se refieren a la afectación de tales derechos por los actos y resoluciones de las autoridades administrativas, los cuales están dotados de dos elementos esenciales: *presunción de legalidad y carácter ejecutivo*,⁶² y tratándose de la materia fiscal esta situación es todavía más ostensible, ya que además de estas características, el causante que acude a la vía judicial administrativa está obligado a garantizar el interés fiscal, e inclusive en algunas legislaciones se le exige el pago del impuesto, de acuerdo con el principio, que afortunadamente tiende a desaparecer, de *solve et repete*.⁶³

A lo anterior debemos agregar las razones de interés público que afectan la ejecución de los fallos de los tribunales administrativos, cuyo cumplimiento puede aplazarse y aun dejarse sin efecto, de acuerdo con las necesidades de la administración.⁶⁴

b' En segundo término, es frecuente que los tribunales administrativos carezcan de facultades para decidir directamente cuestiones de inconstitucionalidad tanto de actos, pero fundamentalmente de los preceptos legales aplicables en las controversias de que conocen, y en este sentido, podemos señalar que en los países en los cuales existe un Tribunal Constitucional específico, los tribunales administrativos están obligados a suspender el procedimiento y a enviar los autos al primero de dichos organismos jurisdiccionales, cuando se plantea un problema de inconstitucionalidad.⁶⁵

tiago, 1949, pp. 286-288; Mario Bernaschina González, *Manual de derecho constitucional*, 3a. Ed., t. II, Santiago, 1958, pp. 413-421; Contraloría General de la República, *Texto refundido de la Ley de Organización y atribuciones de la Contraloría General de la República*, Santiago, 1964, pp. 5-1.

⁶² Cfr. Manuel María Díez, *El acto administrativo*, Buenos Aires, 1956, pp. 226 y ss.

⁶³ Sobre el principio *solve et repete* y su paulatina desaparición, cfr. Mario Pugliese, *Instituciones de derecho financiero*, trad. de José Silva, México, 1939, pp. 227 y ss.; Carlos M. Giuliani-Fonrouge, *Derecho financiero*, vol. II, Buenos Aires, 1962, pp. 665 y ss.; *Id. El proyecto de modelo de Código Tributario para la América Latina*, en el volumen "Memoria de las conferencias sustentadas con motivo del XXX aniversario de la promulgación de la Ley de Justicia Fiscal", México, 1966, pp. 210 y 260.

⁶⁴ Cfr. Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, *Proceso administrativo*, cit., p. 620, afirma certeramente que el problema de la ejecución de las sentencias en materia administrativa, ha sido oscurecido, de un lado, por un enfoque restrictivo de la función jurisdiccional que se ha llegado a hacer sinónima de proceso de conocimiento, y de otro, por una errónea interpretación de la doctrina de la división de poderes.

⁶⁵ En este sentido podemos señalar también como ejemplos los de los Tribunales Administrativos Supremos de Austria y la República Federal Alemana, los cuales, cuando consideran que la ley aplicable al caso es inconstitucional, deben suspender el procedimiento y enviar los autos a la Corte Constitucional respectiva para que decida sobre el problema de inconstitucionalidad; cfr. Félix Ermacora, *Der Vergassungsgerichtshof*, cit.,

Pero aun en ausencia de un tribunal especializado en problemas de constitucionalidad, es posible indicar como ejemplo al ordenamiento uruguayo, según el cual, cuando ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo se plantea una cuestión de constitucionalidad, debe suspender el procedimiento y elevar los autos a la Corte Suprema para su decisión, en los términos del artículo 258, numeral segundo, de la Carta Fundamental vigente de 1967.⁶⁶

En el derecho mexicano y con exclusión de las cuestiones fundamentalmente tributarias que pueden someterse al conocimiento del Tribunal Fiscal de la Federación,⁶⁷ el que por otra parte, carece de competencia para decidir sobre problemas de constitucionalidad,⁶⁸ la situación es la contraria a las mencionadas anteriormente, ya que respecto de los actos y resoluciones de la administración activa y después de agotarse los recursos internos, procede el juicio de amparo, que en este supuesto funciona como un proceso administrativo —o contencioso-administrativo—,⁶⁹ no obstante que teóricamente está estructurado como instrumento específico para la tutela de los derechos humanos.

pp. 214-217, 257-258; Ernst Friesenhahn, *Die Vergassungsgerichtsbarkeit in der Bundesrepublik Deutschland*, cit., pp. 136-139; Mauro Cappelletti, *El control judicial de la constitucionalidad de las leyes en el derecho comparado*, cit., pp. 57-59.

⁶⁶ Cfr. Enrique Vécovi, *El proceso de inconstitucionalidad de la ley*, Montevideo, 1967, pp. 228-231.

⁶⁷ La competencia del Tribunal Fiscal de la Federación se ha ampliado considerablemente a partir de su establecimiento en la Ley de Justicia Fiscal de 27 de agosto de 1936, pasando por el Código Fiscal de 20 de diciembre de 1938, de tal manera que el artículo 22 de la Ley Orgánica del citado Tribunal Fiscal que entró en vigor el 1º de abril de 1967, abarca la impugnación no sólo de actos y resoluciones estrictamente fiscales, sino también los conflictos relativos a prestaciones económicas que otorgan las instituciones de seguridad social en beneficio de los empleados civiles y militares, e inclusive un sector de lo que se ha calificado como “contencioso, de plena jurisdicción”, es decir las controversias derivadas de la interpretación y cumplimiento de contratos de obras públicas celebrados por dependencias del poder ejecutivo federal, así como los créditos derivados de la responsabilidad del Estado por la defectuosa prestación de los servicios públicos, etcétera; cfr. Dolores Heduán Virués, *Las funciones del Tribunal Fiscal de la Federación*, México, 1961, pp. 61-160; Humberto Briseño Sierra, *Derecho procesal fiscal*, México, 1964, pp. 226-232; Emilio Margáin Manautou, *De lo contencioso administrativo de anulación o de ilegitimidad*, San Luis Potosí, México, 1969, pp. 37-48; Armando Porrás y López, *Derecho procesal fiscal*, México, 1969, pp. 121-125; Héctor Fix-Zamudio, *Introducción al estudio del proceso tributario en el derecho mexicano*, en la obra “Perspectivas del derecho público en la segunda mitad del siglo xx. Homenaje a Enrique Sayagués Laso”, vol. III, Madrid, 1969, pp. 1081-1084.

⁶⁸ Tanto la jurisprudencia del citado Tribunal Fiscal como la de la Suprema Corte de Justicia han considerado que el propio Tribunal Tributario carece de competencia para conocer y decidir sobre la cuestión de inconstitucionalidad de las leyes, cfr. tesis 27, pp. 74-75; Tribunal en Pleno, del Apéndice al Semanario Judicial de la Federación publicado en 1965: “El Tribunal Fiscal de la Federación carece de competencia para estudiar y resolver sobre la inconstitucionalidad de una ley, ya que tal facultad corresponde al Poder Judicial de la Federación a través de juicio de amparo”: cfr. Emilio Margáin Manautou, *op. ult. cit.*, pp. 49-56.

⁶⁹ Cfr. Felipe Tena Ramírez, *Fisonomía del amparo en materia administrativa*, en el volumen “El pensamiento jurídico de México en el derecho constitucional”, México, 1961, pp. 111-132; Antonio Carrillo Flores, *La defensa jurídica de los particulares frente a la administración de México*, México, 1939, pp. 275 y ss.

Desde este punto de vista, la doctrina ha señalado los inconvenientes de utilizar un instrumento destinado a la protección de los derechos fundamentales como sustituto del proceso administrativo,⁷⁰ y se ha propuesto la creación de tribunales administrativos de amplia competencia, siguiendo el ejemplo del Consejo de Estado Francés,⁷¹ inclusive la reforma del artículo 104 constitucional que entró en vigor en el mes de octubre de 1968, refleja esta tendencia,⁷² que ha cristalizado con el establecimiento del Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Distrito Federal, de acuerdo con su ley orgánica promulgada el 26 de febrero de 1971.

c) *Remedios específicos.* La doctrina ha puesto de relieve que los derechos de la persona humana o derechos fundamentales según la terminología de los tratadistas alemanes (*Grundrechte*)⁷³ poseen una naturaleza diversa de los derechos subjetivos ordinarios,⁷⁴ puesto que afectan la dignidad e inclusive la existencia misma de la persona humana, por lo que su violación, aun tratándose de los derechos calificados como individuales, trascienden de la esfera del sujeto afectado y adquieren una repercusión de carácter social, con mayor razón tratándose de los derechos que se han calificado como sociales, económicos y culturales, que en ocasiones afectan a toda la comunidad.⁷⁵

Esto significa que tales derechos deben considerarse como disponibles y que su tutela procesal no puede lograrse eficazmente a través de los instrumentos estructurados para la realización de los derechos subjetivos de carácter ordinario, como en cierta medida hemos tratado de demostrar en los párrafos anteriores.

⁷⁰ Cfr. Antonio Carrillo Flores, *op. ult. cit.*, pp. 298-315.

⁷¹ En esta dirección se elaboró en el mes de junio de 1964 un anteproyecto de Ley Federal de Justicia Administrativa, redactado por los magistrados del Tribunal Fiscal de la Federación Rubén Aguirre Elguézabal, Dolores Heduán Virués y Margarita Lomelí Cerezo, con el objeto de transformar el referido Tribunal Fiscal en un órgano jurisdiccional ante el cual se impugnasen todos los actos y resoluciones de la administración activa; y otro intento en el mismo sentido lo advertimos en el Segundo Congreso Mexicano de Derecho Procesal, efectuado en Zacatecas en agosto de 1966, en el cual se aprobó por unanimidad la proposición de la ponencia elaborada por Humberto Briseño Sierra en el sentido de recomendar la creación de un Tribunal Federal Administrativo que conocería de las impugnaciones contra todos los actos de la administración activa: cfr. en "Revista de la Facultad de Derecho de México", Núm. 65, enero-marzo de 1967, pp. 163-244.

⁷² El citado precepto en un texto reformado y en la parte conducente, dispone: "Las leyes federales podrán instituir tribunales de lo contencioso-administrativo dotados de plena autonomía para dictar sus fallos, que tengan a su cargo dirimir las controversias que se susciten entre la Administración Pública Federal o del Distrito y Territorios Federales, y los particulares, estableciendo las normas para su organización, funcionamiento, el procedimiento y los recursos contra sus resoluciones..."

⁷³ Cfr. Gerhard Oestreich, *Die Entwicklung der Menschenrechte und Grundfreiheiten* (La evolución de los derechos humanos y de las libertades fundamentales), en la obra "Die Grundrechte. Handbuch der Theorie und Praxis der Grundrechte" (Los derechos fundamentales, Teoría y práctica de los derechos fundamentales), t. I, Berlín, 1966, pp. 87-104.

⁷⁴ Así lo hacía notar Jorge Jellinek en su clásico estudio *Sistema dei diritti pubblici subbietivi*, trad. italiana de Gaetano Vitalgiano, Milano, 1912, pp. 390 y ss.

⁷⁵ Cfr. Mauro Cappelletti, *La jurisdicción constitucional de la libertad*, cit., pp. 2-5.

En efecto, el tratadista italiano Mauro Cappelletti ha puesto de relieve que la protección de los derechos humanos requiere de instrumentos adecuados para una pronta y eficaz tutela procesal, que se aparta del sistema ordinario de protección judicial.⁷⁶

Es cierto, por otra parte, que aun esa tutela de los derechos ordinarios se ha agilizado en los últimos tiempos debido a las aportaciones de la ciencia procesal,⁷⁷ pero con todo no llega a constituir el remedio enérgico y vigoroso que requiere la defensa procesal de la libertad y de la dignidad de la persona humana frente a las intervenciones cada vez más amplias de las autoridades y aun de los mismos grupos sociales, que afectan continuamente esa libertad.⁷⁸

Por tanto, los citados derechos requieren de un procedimiento en el cual imperen la celeridad, la economía procesal; amplias facultades para el juzgador, incluyendo la de suplir los errores y deficiencias del demandante así como en la aportación de los elementos de convicción;⁷⁹ un sistema flexible de medidas cautelares; y especialmente, puesto que los anteriores elementos podemos encontrarlos con más o menos fuerza en otros sectores del enjuiciamiento,⁸⁰ que los efectos del fallo protector sean esencialmente preventivos y reparadores, es decir, se requiere un sistema protector, en el cual se evite la violación actual o inminente de los derechos fundamentales, y en todo caso, la restitución en el goce de tales derechos al afectado, ya que con exclusión de algunos de carácter patrimonial, aquellos que se refieren a la libertad y dignidad del hombre, no pueden sustituirse por equivalentes; y finalmente, medidas enérgicas y rápidas de ejecución del fallo judicial que otorgue la tutela.⁸¹

⁷⁶ *El control judicial de la constitucionalidad de las leyes en el derecho comparado*, cit., pp. 79-82.

⁷⁷ Cfr. Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, *Veinticinco años de evolución del derecho procesal, 1940-1965*, México, 1968, pp. 67-116 (literatura más significativa), 117-140 (Códigos, leyes y proyectos principales).

⁷⁸ Cfr. Giorgio Lombardi, *Potere privato e diritti fondamentali*, cit., pp. 61 y ss.; Héctor Fix-Zamudio, *Algunos aspectos de la protección de los derechos humanos en las relaciones entre particulares en México y Latinoamérica*, en "Revista Jurídica Veracruzana", Jalapa, Veracruz, abril-junio de 1970, pp. 3-45.

⁷⁹ Como ocurre en el juicio de amparo mexicano, al menos respecto de la materia penal, laboral y agraria, con la institución de la suplencia de la queja, es decir, la corrección de los errores y omisiones del reclamante particularmente en cuanto a su demanda, pero también, particularmente en la materia agraria, respecto de los elementos de convicción, cfr. Juventino V. Castro, *La suplencia de la queja deficiente en el juicio de amparo*, México, 1953; Armando Chávez Camacho, *La suplencia de la deficiencia de la queja*, en "Jus", Núm. 67, México, febrero de 1944, pp. 89 y ss.; Ignacio Burgoa, *El juicio de amparo*, 7a. Ed., México, 1970, pp. 302-312.

⁸⁰ Como ocurre en las ramas que integran el que podemos calificar como "derecho procesal social", es decir, derecho procesal laboral, agrario y de la seguridad social, cfr. Héctor Fix-Zamudio, *Introducción al estudio del derecho procesal social*, en el volumen "Estudios procesales en memoria de Carlos Viada", Madrid, 1965, pp. 497-526.

⁸¹ Especialmente para lo último se requiere un sistema flexible de cumplimiento del fallo protector, pudiendo citarse como ejemplo el artículo 35 de la Ley sobre el Tribunal Constitucional Federal alemán (*Bundesverfassungsgerichtsgesetz*), según el cual: "El Tribunal Constitucional Federal puede determinar en su decisión quién ha de ejecutarla; puede también regular la forma y modo de ejecución en un caso determinado". Cfr. F. Rubio Llanusa, *El Tribunal Constitucional Federal Alemán*, Caracas, 1962, p. 141.

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 mexicano, del recurso constitucional europeo, de la Procuraduría soviética o del *Ombudsman* escandinavo, todos ellos orientados en mayor o menor medida a ese ideal tan noble, pero tan difícil de alcanzar, del equilibrio entre autoridad y libertad.⁸²

4. Los instrumentos angloamericanos: *habeas corpus*, revisión judicial y los *writs de injuction y mandamus*.

Aun cuando se trate también de una clasificación un tanto arbitraria, resulta necesario sistematizar la amplísima gama de instrumentos específicos de tutela de los derechos humanos, que se han venido combinando en los diversos ordenamientos, ya que resulta prácticamente imposible estudiarlos en su conjunto, por lo que hemos elegido el criterio de situar a tales instituciones procesales en el sistema de su origen, para establecer esa posible sistematización.

a) *Habeas corpus*. Si excluimos algunos ensayos históricos, entre los cuales destacan los procesos forales aragoneses, especialmente el de manifestación de las personas y de amparo, que alcanzaron un perfeccionamiento superior a las instituciones británicas entre los siglos xiv y xv, pero que fueron oscurecidas y prácticamente suprimidas por el absolutismo de las poderosas dinastías de los austriacos y borbones;⁸³ es la institución del *habeas corpus* la que ha constituido el germen fundamental de la protección procesal de los derechos fundamentales de la persona humana.

a' El origen de esta institución es incierto, aun cuando su genealogía puede remontarse al famoso interdicto *homo libero exhibendo* del derecho romano, pero lo que sí resulta indudable es que se fue perfeccionando lentamente en el derecho consuetudinario de la Inglaterra medioeval.⁸⁴

Algunos autores han creído descubrir los inicios de esta institución en el artículo 39 del documento original de la Magna Carta impuesta a Juan Sin Tierra por los barones ingleses en el año de 1215 y que lleva el número 29 de

⁸² Cfr. Karl Loewenstein, *Teoría de la Constitución*, trad. de Alfredo Gallego Anabitarte, Barcelona, 1965, p. 29, quien afirma con gran agudeza que el Estado organizado exige de manera imperativa que el ejercicio del poder político sea restringido y limitado, tanto en interés de los detentadores como de los destinatarios de ese poder, y que esta limitación constituye el núcleo de lo que en la historia antigua y moderna de la política aparece como el Constitucionalismo.

⁸³ Cfr. Víctor Fairén Guillén, *Consideraciones sobre el proceso aragonés de "manifestación de las personas" en relación con el "habeas corpus" británico*, en "Revista de Derecho Procesal", Madrid, 1963, pp. 11 y ss.; Francisco Sáenz de Tejada y de Olozaga, *El derecho de manifestación aragonés y el habeas corpus inglés*, Madrid, s.f., pp. 25 y ss.

⁸⁴ El derecho anglosajón también recibió la influencia de los interdictos posesorios de origen romano, según lo puso de relieve el prestigiado tratadista Paul Vinogradoff, *Diritto romano nell'Europa Medioevale*, trad. de S. Ricobono, 2a. Ed., Milano, 1950, pp. 75 y ss.

la versión que confirmó Enrique III en 1225,⁸⁵ pero en realidad dicho precepto es de carácter sustantivo y no procesal, por lo que sólo puede considerarse como el intento de establecer el debido proceso en favor de un sector privilegiado de los hombres del reino, es decir, de los hombres libres.⁸⁶

El instrumento procesal se fue forjando paulatinamente a través de algunas ventajas que se fueron introduciendo en el derecho medioeval inglés en beneficio de los detenidos, como el de la libertad caucional y los llamados *writs de odio et atia* y de *mainprise*.⁸⁷

Pero el *habeas corpus* forjado en el *common law*, adquirió su verdadera importancia en el siglo XVII con motivo de la lucha del Parlamento contra el absolutismo de los Estuardo, iniciándose una labor legislativa que fue consolidando esta noble institución.

Un paso muy importante fue la abolición de la Cámara de la Estrella (*Star Chamber*) por una ley del Parlamento expedida en 1641, ya que se estimó intolerable que un tribunal administrativo dependiente de la Corona pudiese absorber las atribuciones de los tribunales, y en el artículo VIII del propio Decreto se confirma el *habeas corpus*, contra las detenciones indebidas ordenadas por la citada Cámara o por la Corona.⁸⁸

Pero en realidad, el documento que consolida efectivamente esta institución tutelar es la famosa *Ley de habeas corpus*, de 1679, que ha tenido una influencia excepcional en muchos países del mundo, y que establece las bases esenciales de este instrumento procesal, el cual procedía inclusive contra las órdenes de detención de la Corona, pero establecía varias excepciones como los delitos graves (*felony*), alta traición y prisión por deudas, pero aun en los primeros dos casos, se obligaba a la Corona a consignar penalmente a los detenidos.⁸⁹

Este documento se complementa con el famoso instrumento conocido como *Bill of Rights*, de 16 de diciembre de 1689, que prohibió en su artículo 11 que se fijaran fianzas excesivas para decretar la libertad caucional, ya que se pretendía

⁸⁵ La Magna Carta fue objeto de varias versiones, ya que se confirmó cuando menos cuarenta y cinco ocasiones hasta la época de Enrique V (1413-1422), ya que poseía en su base una idea contractual entre el soberano y los nobles del reino, cfr. William H. Dunham, Jr., *Magna Carta and British Constitutionalism*, en el volumen "The Great Charter", New York-Toronto, 1966, pp. 29 y ss. el texto en español de las dos versiones de la Magna Carta de 1215 y 1225, pueden consultarse en la obra de Manuel Jiménez de Parga, *Los regimenes políticos contemporáneos*, 4a. Ed., Madrid, 1968, pp. 366-372.

⁸⁶ Cfr. Samuel E. Thorne, *What Magna Carta was*, en el citado volumen "The Great Charter", pp. 11-25.

⁸⁷ Cfr. Frederick Pollock y Frederick William Maitland, *The History of English Law*, 2a. Ed., vol. II, Cambridge, Inglaterra, pp. 587-589.

⁸⁸ Esta ley de 1641, fue precedida por el primer intento de regular también legislativamente esta institución a través de la llamada "Habeas Corpus Act", de 1640, cfr. H. M. Servai, *Constitutional Law of India*, reimpresión, Bombay, 1968, p. 579.

⁸⁹ El texto inglés de esta famosa ley puede consultarse en el libro editado por Richard L. Perry y John C. Cooper, *Sources of our liberties*, New York, 1952, pp. 189-203, y una traducción castellana aparece como uno de los Apéndices del libro de Ignacio L. Vallarta, *El juicio de amparo y el writ of habeas corpus*, México, 1896, pp. 440-453; este propio ordenamiento es calificado por Blackstone como la segunda Magna Carta, *Commentaries on the Law*, Ed. Bernard C. Gavis, Washington, 1941, p. 73.

evitar que con este subterfugio se hiciera nugatoria la institución del *habeas corpus*, especialmente durante el gobierno autoritario de Jacobo II.⁹⁰

Este instrumento tutelar pasó a las Colonias inglesas en América, como una institución de *common law*, siendo incorporado a algunos documentos constitucionales anteriores a la Constitución Federal de 1787, tales como las Cartas Fundamentales de Massachusetts de 1780⁹¹ y New Hampshire de 1784,⁹² y especialmente la primera influyó en la consagración de *habeas corpus* en la citada Constitución Federal de los Estados Unidos (artículo 1º, sección 8, inciso 3.)⁹³

b' *Evolución en Inglaterra*. Aun cuando en un principio el *habeas corpus* se utilizó para la defensa de los particulares contra las detenciones ordenadas por las autoridades administrativas dependientes de la Corona, fue evolucionando hacia un medio de impugnación que puede utilizarse para combatir las detenciones ordenadas por las autoridades judiciales.⁹⁴

Formalmente se considera como un medio colateral, ya que se dirige contra el custodio del detenido y no contra la autoridad que ordenó la privación de la libertad;⁹⁵ en el caso de interponerse respecto de la privación de la libertad ordenada por autoridades judiciales, procede por regla general cuando el mandamiento es dictado por el juez incompetente, pero en ocasiones también puede hacerse valer respecto de juez competente.⁹⁶

Sin embargo, como ocurre frecuentemente con instituciones tutelares, se llega a abusar de las mismas, desvirtuando su eficacia, ya que la jurisprudencia británica llegó a admitir que como las decisiones que negaban la protección no adquirían la autoridad de cosa juzgada, una misma persona podía intentar sucesivamente varias impugnaciones, lo que la doctrina consideraba un error;⁹⁷ lo que determinó que de acuerdo con la nueva Ley de Administración Judicial de 1960 (*Administration of Justice Act*), se limitó esa posibilidad y además se otorgó a los representantes de la Corona o los guardianes del detenido, la facultad de apelar de la *Divisional Court*⁹⁸ directamente a la Cámara de los Lores, en determinados casos;⁹⁹ pero en tanto no se decide definitivamente el recurso, el

⁹⁰ Cfr. *Sources of our liberties*, cit., pp. 245-250, esp. p. 247.

⁹¹ Cfr. *op. ult. cit.*, pp. 372.

⁹² Cfr. *op. ult. cit.*, p. 381.

⁹³ Cfr. Carl Brent Swisher, *El desarrollo constitucional de los Estados Unidos*, trad. Hugo Charny, t. 1, Buenos Aires, 1958, pp. 30-34. Este precepto dispone que el Congreso de los Estados Unidos "no podrá suspender el privilegio del writ of *habeas corpus*, salvo en aquellos casos de rebelión o invasión en que la seguridad pública requiera".

⁹⁴ Cfr. Harry Street, *Freedom, the individual and the Law*, Middlesex, Inglaterra, 2a. Ed., 1967, pp. 34-35; W. J. M. Mackenzie y Harry Street, *Grundfreiheiten im Vereinigten Königreich von Grossbritannien und Nordirland* (Libertades fundamentales en el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte), en la obra ya mencionada "Die Grundrechte. Handbuch der Theorie und Praxis der Grundrechte", t. 2, Berlín, 1967, pp. 823-824.

⁹⁵ Cfr. Ammon Rubinstein, *Habeas corpus as a means or review*, en "The Modern Law Review", London, mayo de 1964, p. 323.

⁹⁶ Cfr. Ammon Rubinstein, *op. ult. cit.*, p. 331.

⁹⁷ Cfr. D. M. Gordon, *The unruly writ of habeas corpus*, en "The Modern Law Review", London, septiembre de 1963, pp. 520-521.

⁹⁸ Se entiende de la *Queen's Bench Division* sobre la complicada organización judicial inglesa: cfr. Henry J. Abraham, *The judicial process*, New York, 1962, pp. 216-227.

⁹⁹ Cfr. Harry Street, *Freedom, the individual and the law*, cit., p. 34.

detenido puede disfrutar de la libertad obtenida por virtud del propio *habeas corpus*.¹⁰⁰

c' *Transformación del habeas corpus en los Estados Unidos*. En el país del Norte, el tradicional *habeas corpus* heredado de Inglaterra como un instrumento contra detenciones arbitrarias ordenadas generalmente por autoridades administrativas, ha evolucionado hasta convertirse en un medio de impugnación —un recurso en sentido estricto— contra las resoluciones definitivas pronunciadas por los tribunales penales, abarcando aquellas que han adquirido autoridad de cosa juzgada.

A este respecto la doctrina estadounidense ha advertido que el *habeas corpus* ante los tribunales federales ha venido a centralizar prácticamente la impartición de la justicia penal.¹⁰¹

Esto no siempre fue así, si se toma en consideración que la Ley de Organización Judicial de 1789 (artículo 20, parágrafo 14, fracción 1), era muy imprecisa en cuanto al alcance del *habeas corpus* federal, por lo que la jurisprudencia de la Suprema Corte interpretó las disposiciones legales mencionadas en el sentido de que el citado instrumento protector no procedía contra resoluciones del tribunal competente, y éste fue el criterio del ilustre John Marshall en el famoso asunto *Ex parte Watkins* (1832).¹⁰²

En el año de 1873 se consideró que el *habeas corpus* federal podía utilizarse para revisar los errores sustantivos de los fallos judiciales (*Ex parte Lange*), y en 1879 (*Ex parte Siebold*) la Suprema Corte Federal expresó que era posible impugnar a través de este instrumento, las resoluciones apoyadas en una ley inconstitucional.¹⁰³

Pero en el campo en el cual el *habeas corpus* federal ha realizado un progreso que puede estimarse sorprendente, es en el de la impugnación de las sentencias de los tribunales locales, al extremo que ha provocado rozamientos entre éstos y los federales, de acuerdo con la evolución que se inició en 1885.¹⁰⁴

En los últimos veinticinco años se advierte una centralización creciente de los fallos penales a través del *habeas corpus*, señalándose el caso de *Brown versus Allen* resuelto en el año de 1953,¹⁰⁵ como uno de aquellos que abrieron francamente la puerta a las instancias contra los fallos de los tribunales locales ante los de carácter federal, los cuales han tutelado prácticamente todos los derechos fundamentales reconocidos en las Enmiendas de la Constitución Federal, espe-

¹⁰⁰ Cfr. D. M. Gordon, *The unruly writ of habeas corpus*, cit., p. 521.

¹⁰¹ Cfr. F. Michael Cole y Jeffrey Small, *State post-convict remedies and federal habeas corpus*, en "New York University Law Review", New York, enero de 1965, pp. 154-196.

¹⁰² Cfr. *The Constitution of the United States of America*, ed. oficial, Washington, 1964, pp. 577-579; Edward S. Corwin, *The Constitution and what it means today*, 12a. Ed., New York, 1964, p. 233.

¹⁰³ Cfr. Paul M. Bator, *Finality in criminal law and federal habeas corpus for state prisoners*, en "Harvard Law Review", Cambridge, Mass., enero de 1963, pp. 465-466; Edward S. Corwin, *op. ult. cit.*, pp. 185-186.

¹⁰⁴ Cfr. Paul M. Bator, *op. ult. cit.*, p. 466.

¹⁰⁵ Cfr. Paul M. Bator, *op. ult. cit.*, pp. 499-507; Edward S. Corwin, *op. ult. cit.*, pp. 156-272.

cialmente por conducto del concepto del debido proceso legal consagrado en la Enmienda xiv de la propia Carta Fundamental.¹⁰⁶

De esta manera, como lo sostiene agudamente el tratadista estadounidense J. A. C. Grant, el *habeas corpus* se ha transformado en una especie de *amparo en materia penal*,¹⁰⁷ ya que puede utilizarse para impugnar las resoluciones de los tribunales locales en los casos de defectos en la admisión de las pruebas, de falta de imparcialidad en el proceso o de confesiones arrancadas por medio de la violencia; debiendo destacarse las resoluciones de la Corte Suprema Federal, que ya se han vuelto clásicas, es decir, las pronunciadas en los casos *Escobedo versus Illinois* (1964)¹⁰⁸ y *Miranda versus Arizona* (1965),¹⁰⁹ en las que estableció claramente el derecho de todo detenido, con apoyo en la Enmienda v de la Ley Suprema, para no ser obligado a declarar contra sí mismo y a contar con la asistencia de un abogado, inclusive en el periodo de la investigación preliminar ante la policía.¹¹⁰

d' *Algunos aspectos del habeas corpus en Latinoamérica*. Hemos indicado los elementos esenciales de la consagración y evolución del *habeas corpus* en Inglaterra y los Estados Unidos, que han servido de ejemplo a un buen número de ordenamientos para regular este instrumento protector de la libertad humana, y resulta ya un hecho conocido que esta institución fue adoptada por una gran mayoría de los países que estuvieron bajo la dominación angloamericana, y particularmente los que actualmente forman o formaron parte de la Comunidad Británica.¹¹¹

También los países de Latinoamérica recibieron la influencia del *habeas corpus* angloamericano y lo introdujeron en sus Cartas Fundamentales en diversas etapas, durante el siglo anterior y los primeros años del presente; pero lo cierto es que en la actualidad lo encontramos consagrado expresa o implícitamente en

¹⁰⁶ Cfr. Walter A. Rafalko, *The indigent prisoner's new hope: the old writ of habeas corpus and the right to counsel*, en "North Dakota Law Review", Grand Forks, North Dakota, enero de 1966, pp. 183-184.

¹⁰⁷ *El control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes*, México, 1963, pp. 92-93; *Id. Our common law Constitution*, Boston, 1960, pp. 55-56.

¹⁰⁸ Sobre el caso Escobedo, cfr. Paul J. Mishkin, *The Supreme Court 1964 Term. Foreword: The High Court, the great writ and the due process of time and law*; y comentario, *Developments in the law, Confession*, ambos en "Harvard Law Review", Cambridge, Mass., noviembre de 1965, pp. 95-102, y marzo de 1966, pp. 999-1024, respectivamente.

¹⁰⁹ En relación con el fallo dictado en el caso Miranda, cfr. Archibald Cox, *The Supreme Court 1965 Term. Foreword: Constitutional adjudication and the promotion of human rights*, en "Harvard Law Review", Cambridge, Mass., noviembre de 1966, pp. 201-207.

¹¹⁰ Cfr. Yale Kamisar, *A dissent from the Miranda dissents: some comments on the "new" fifth amendment and the old "voluntariness test"*, en "Michigan Law Review", Ann Arbor, Michigan, noviembre de 1966, pp. 59-104.

¹¹¹ Sobre la influencia del constitucionalismo inglés en la comunidad británica y particularmente respecto al control judicial de los actos de autoridad, cfr. Edward McWhinney, *Constitutional law in Great Britain and the Commonwealth countries*, en el volumen "Judicial Review", 4a. Ed., Toronto, 1969, pp. 3-30.

casi todos, por no decir en la totalidad, de los propios ordenamientos constitucionales.¹¹²

Si efectuamos un repaso rapidísimo de los textos de las Leyes Fundamentales respectivas, descubrimos el *habeas corpus* en Argentina, pues si bien el texto primitivo y ahora vigente de su Constitución nacional no lo consagra expresamente, aun cuando se introdujo en la reforma de 1949 (artículo 29), derogada por el Gobierno emanado de la revolución de 1955; sin embargo, se considera como una garantía implícita y se encuentra, además, regulado en una gran parte de las Cartas provinciales.¹¹³

Encontramos expresamente consagrado el *habeas corpus* en las Cartas Supremas en vigor de los siguientes países latinoamericanos: Bolivia (artículo 18); Brasil (artículo 153, parágrafo 20, del texto reformado en 1969); Chile (artículo 16);¹¹⁴ Costa Rica (artículo 58); Cuba (artículo 29, del texto modificado en 1959); Ecuador (artículo 141, inciso 5º de la Constitución de 1945); El Salvador (artículo 164); Guatemala (artículo 79); Honduras (artículo 58, fracción 2ª); Nicaragua (artículo 41); Panamá (artículo 24); Perú (artículo 69); Puerto Rico (artículo 13); República Dominicana (artículo 8º, inciso g); Uruguay (artículo 17); y Venezuela (disposición transitoria quinta).¹¹⁵

En cuanto a México, no figura la garantía de la libertad personal con el nombre tradicional angloamericano de *habeas corpus*, en virtud de que se encuentra subsumido dentro del juicio de amparo, el cual comprende también la protección de la libertad individual contra detenciones arbitrarias y, en consecuencia, debemos considerarla comprendida dentro de los artículos 103 y 107 de la Constitución Federal, que regulan el propio juicio de amparo.¹¹⁶

La inclusión de la exhibición personal o *habeas corpus* dentro del amparo mexicano, la descubrimos con toda claridad en lo dispuesto por el artículo 17 de

¹¹² Cfr. los datos que consigna el tratadista estadounidense Phanor J. Eder, sobre la introducción expresa del *habeas corpus* en los textos constitucionales latinoamericanos, *Habeas corpus disembodied. The Latin-American Experience*, en el volumen "XXth. Century Essays in honor of Hessel E. Yntema", Leyden, 1961, p. 473; también en Carlos Sánchez Viamonte, *El habeas corpus, garantía de libertad*, 2a. Ed., Buenos Aires, 1956, pp. 85 y ss.

¹¹³ Cfr. Segundo V. Linares Quintana, *Tratado de la ciencia del derecho constitucional argentino y comparado*, t. v, Buenos Aires, 1956, p. 359.

¹¹⁴ El constitucionalista chileno Carlos Estévez Gasmuri, *Elementos de derecho constitucional*, Santiago, 1949, pp. 143-144, se refiere a la institución calificándola de "amparo" o "*habeas corpus*" y en el mismo sentido Elena Caffarena de Jiles, *El recurso de amparo frente a los regímenes de emergencia*, Santiago, 1957, esp. pp. 152 y 187.

¹¹⁵ La Constitución vigente de la República de Haití de 1964 no es muy precisa en cuanto a la protección de la libertad personal contra detenciones arbitrarias y el artículo 17 fija reglas para la detención, que son bastante amplias, pero sin establecer claramente un medio de tutela similar a la exhibición personal, sino más bien, de acuerdo con la tradición francesa, parece seguir el principio de la responsabilidad penal y civil del funcionario que infrinja las reglas que deben seguirse para la detención de las personas, pues la parte final de dicho precepto establece: "Todas las violaciones a esta disposición son actos arbitrarios contra los cuales las partes lesionadas pueden sin autorización, apelar a los tribunales, sea a los autores, sea a los ejecutantes, cualesquiera que sean las cualidades o cuerpo al cual pertenezcan."

¹¹⁶ Cfr. Héctor Fix-Zamudio, *La protección procesal de las garantías individuales en América Latina*, cit., p. 78.

la Ley Reglamentaria del citado Juicio de Amparo, que señala reglas muy liberales para la interposición de este instrumento procesal cuando funciona como medio protector de la libertad personal; estableciendo claramente que el juez del amparo debe dictar todas las medidas necesarias para lograr la *comparecencia* del agraviado, cuando estuviese impedido para solicitar personalmente la garantía, que puede pedir cualquier otra persona en su nombre.¹¹⁷

Una rápida revista a los lineamientos generales del *habeas corpus* —o también exhibición personal o amparo de la libertad personal, como se le califica en algunos ordenamientos— nos lleva al convencimiento de que está estructurado en los países latinoamericanos de acuerdo con características similares a la institución angloamericana que les sirvió de modelo, ya que puede considerarse como una garantía específica para proteger el derecho constitucional de la libertad individual establecido en las Cartas Fundamentales de los propios países hermanos del Continente, y se utiliza esencialmente para impugnar las detenciones arbitrarias o ilegales, en particular respecto de las practicadas por las autoridades administrativas, que desafortunadamente y con demasiada frecuencia infringen la previsión común de todas estas Leyes Fundamentales que exigen un mandato judicial, salvo en las situaciones de emergencia, para la detención de los gobernados; el procedimiento siempre debe ser rápido y preferente a cualquier otro de carácter común; el juez debe procurar la inmediata comparecencia del detenido para examinar los motivos de la privación de la libertad; el procedimiento puede ser iniciado por cualquier persona a nombre del afectado; la resolución que ordene la libertad debe ser obedecida inmediatamente y los infractores castigados con penas muy severas.¹¹⁸

Por otra parte, debemos hacer mención que en varias ocasiones el *habeas corpus* se ha hipertrofiado por utilizarlo, a falta de un instrumento específico, para la tutela de todos los derechos fundamentales de la persona humana consagrados constitucionalmente, lo que refuerza nuestra convicción de la necesidad de instrumentos adecuados a la protección procesal de todos los derechos humanos, como se advierte tratándose del amparo y del mandamiento de seguridad, que subsisten al lado del propio *habeas corpus*, según lo podremos verificar en las páginas siguientes.

¹¹⁷ El citado artículo 17 dispone: “Cuando se trate de actos que importen peligro de privación de la vida, *ataques a la libertad personal fuera de procedimiento judicial, deportación o destierro* o alguno de los actos prohibidos por el artículo 22 de la Constitución Federal (prohibición de penas infamantes y trascendentales, limitación de la pena de muerte, etc.) *y el agraviado se encuentra imposibilitado para promover el amparo*, podrá hacerlo cualquier persona en su nombre, aunque sea menor de edad o mujer casada. En este caso *el juez dictará todas las medidas necesarias para lograr la comparecencia del agraviado*, y habido que sea, ordenará que se le requiera para que dentro del término de tres días ratifique la demanda de amparo; si el interesado la ratifica, se tramitará el juicio; si no la ratifica, se tendrá por no presentada la demanda, quedando sin efecto las providencias que se hubieren dictado.” A este sector del amparo lo hemos calificado por sus similitudes con el *habeas corpus*, como “amparo-libertad”, cfr. Héctor Fix-Zamudio, *El juicio de amparo*, México, 1964, pp. 243 y ss.

¹¹⁸ Cfr. Héctor Fix-Zamudio, *La protección procesal de las garantías individuales en América Latina*, cit., p. 80.

A este respecto podemos señalar los casos de Argentina, Bolivia, Brasil y Perú, que brevemente describimos en seguida:

a" Con anterioridad a la consagración del recurso o acción de amparo en las legislaciones nacional y provinciales de la República Argentina, se realizó el intento de extender el ámbito del *habeas corpus* para la protección no sólo de la libertad individual, sino de todos los restantes derechos de la persona humana consagrados constitucionalmente, con exclusión de los relativos a la tutela de los derechos de carácter patrimonial, y en esta dirección destaca la corriente doctrinal del tratadista Carlos Sánchez Viamonte.¹¹⁹

Pero aun con posterioridad al establecimiento del juicio de amparo en otros ordenamientos provinciales, varias Constituciones locales argentinas han consagrado el *habeas corpus* con esta proyección tan amplia de tutela de todos los derechos fundamentales de la persona humana, excluyendo los patrimoniales, como lo demuestran los artículos 16 de la Constitución de la Provincia del Chaco, de 7 de diciembre de 1957;¹²⁰ y 44 de la Constitución de la Provincia de Neuquén, de 28 de noviembre de 1957;¹²¹ e inclusive se llega a duplicar el *habeas corpus* y el amparo, con amplitud protectora similar, en los artículos 14 y 20, respectivamente, de la Ley Suprema de la Provincia de Formosa, de 30 de noviembre de 1957, preceptos que deben ser coordinados para no duplicarse,¹²² pues

¹¹⁹ *El habeas corpus. Garantía de libertad*, cit.; José Faustino D'Hers, *Visión integral del amparo en el habeas corpus de Sánchez Viamonte*, en "La Ley", Buenos Aires, 7 de abril de 1966, pp. 1-6.

¹²⁰ Cfr. Segundo V. Linares Quintana, *Derecho constitucional de las nuevas Provincias*, Buenos Aires, 1962, p. 97. Precepto que en su parte conducente establece: "Toda persona detenida sin orden emanada en legal forma de autoridad competente, por puez incompetente o por cualquier autoridad o individuo, o a quien arbitrariamente se le negare, privare, restringiere o amenazare en su libertad o en el ejercicio de sus derechos individuales, con excepción de los patrimoniales, podrá por sí o por tercero en su nombre, sin necesidad de mandato, valiéndose de cualquier medio de comunicación y a cualquier hora, promover acción de *habeas corpus* ante un juez letrado inmediato, sin distinción de fueros ni de instancias, y aunque formare parte de un tribunal colegiado, a fin de obtener que ordene su libertad, o que lo someta a juez competente, o que haga cesar inmediatamente la supresión, privación, restricción o amenaza de su libertad o del ejercicio de sus derechos individuales..."

¹²¹ De acuerdo con esta disposición: "*La acción de habeas corpus procede en todos los casos de privación, restricción o amenaza de impedir o restringir a las personas las inviolabilidades que forman la seguridad o el ejercicio de alguno de sus derechos individuales, con exclusión de los patrimoniales.* El juez de *habeas corpus* ejerce su potestad jurisdiccional por sobre todo otro poder o autoridad pública. La acción de *habeas corpus* puede establecerse sin ninguna de las formalidades procesales. Basta que se hagan llegar ante el juez escogido los datos indispensables." Cfr. Segundo V. Linares Quintana, *op. ult. cit.*, p. 230.

¹²² El citado artículo 14 de la Constitución de Formosa es idéntico al 16 de la Carta del Chaco, transcrito en lo conducente en la nota 120, y por su parte, el artículo 20 de la primera Ley Fundamental, dispone: "Procederá el recurso de amparo contra cualquier persona o autoridad que ilegalmente impidiere, dificultare, restringiere o pusiere en peligro inminente el ejercicio de los siguientes derechos: entrar, permanecer, transitar o salir del territorio de la Provincia, reunirse pacíficamente, opinar, profesar su culto, ejercer sus derechos políticos, de prensa, de trabajar, y de enseñar y de aprender. El procedimiento será el establecido por la ley y mientras no fuere sancionada, podrá el juez arbitrar y abreviar trámites y términos para el inmediato restablecimiento del ejercicio legítimo del

en las dos cartas locales mencionadas el *habeas corpus* se ha hipertrofiado en ausencia del juicio de amparo.

b" Tanto la doctrina como la jurisprudencia bolivianas realizaron el intento de aplicar extensivamente el *habeas corpus* regulado por el artículo 8º de las Constituciones de 1945 y 1947, respecto de todos los derechos fundamentales de la persona humana consagrados en las mismas Cartas Fundamentales;¹²³ y posteriormente, la Comisión Codificadora propuso la introducción de un capítulo especial en el Código de Procedimientos Penales (artículos 725 y siguientes), con el objeto de regular el juicio de amparo y complementar el *habeas corpus* regulado por dicho Código,¹²⁴ culminando esta evolución como el establecimiento del amparo y del *habeas corpus* como instituciones independientes, en los artículos 19 y 18, respectivamente, de la Carta Constitucional vigente, de 2 de febrero de 1967.¹²⁵

c" Esta situación también la podemos descubrir en la llamada "doctrina brasileña del *habeas corpus*", que se apoyó en las ideas del ilustre Ruy Barbosa, el cual sostuvo, en ocasiones con éxito, que este instrumento tutelar, tal como estaba regulado por el texto primitivo del artículo 72, parágrafo 22, de la Constitución de febrero de 1881 (antes de la reforma de 1926, que tuvo por objeto restringir el propio *habeas corpus* a sus límites tradicionales) era apto para proteger otros derechos fundamentales relacionados directa o indirectamente con la propia libertad individual,¹²⁶ criterio que se señala como un antecedente del mandamiento de seguridad, que examinaremos más adelante.

d" Debido a que la legislación peruana no ha llegado a introducir formalmente la institución del juicio de amparo, se advierte la necesidad de un instrumento similar, y por ello se ha utilizado el *habeas corpus* como medio protector no sólo de la libertad física, es decir, en su sentido tradicional, sino también de todos los derechos humanos establecidos por la Ley Suprema, con exclusión de los de carácter político.

En efecto, tanto la doctrina como la jurisprudencia han sostenido que, con apoyo en el artículo 69 de la Carta Fundamental¹²⁷ y no obstante algunas dis-

derecho afectado. Este recurso no obstará al ejercicio de otras acciones legales que correspondan." Cfr. Segundo V. Linares Quintana, *op. ult. cit.*, pp. 163-164.

¹²³ Cfr. Enrique Oblitas Poblete, *Lecciones de derecho procesal penal*, vol. II, Sucre, Bolivia, 1961, pp. 232 y ss.; Manuel Durán P., *Doctrina y práctica del habeas corpus*, en "Revista de Estudios jurídicos, políticos y sociales", Sucre, Bolivia, mayo de 1950, pp. 155-194.

¹²⁴ Cfr. Enrique Oblitas Poblete, *Recurso de amparo*, La Paz, 1967, pp. 60-70.

¹²⁵ Cfr. Oblitas Poblete, *op. ult. cit.*, pp. 110-129, el cual transcribe algunas de las primeras resoluciones dictadas por los tribunales bolivianos en los juicios de amparo interpuestos con apoyo en el precepto constitucional respectivo.

¹²⁶ Cfr. entre otros, Arnold Wald, *El mandato de seguridad (historia y naturaleza)*, trad. de Javier Elola, en "Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México", Núm. 24, septiembre-diciembre de 1955, pp. 35-45; *Id. O Mandado de segurança na prática judiciária*, 3a. Ed., Rio de Janeiro, 1968, pp. 19-35; J. M. Othon Sidou, *Do mandado de segurança*, 3a. Ed., São Paulo, 1969, pp. 50-61; Themistocles Brandão Cavalcanti, *Do mandado de segurança*, 4a. Ed., Rio-São Paulo, 1957, pp. 50 y ss.

¹²⁷ Dicho precepto fundamental dispone: "Todos los derechos individuales y sociales reconocidos por la Constitución, dan lugar a la acción de *habeas corpus*."

posiciones de carácter secundario que pretenden limitarlo (especialmente del Código de Procedimientos Penales), el *habeas corpus* procede contra cualquier acto de autoridad que limite o afecte los derechos individuales y sociales de la persona humana consagrados constitucionalmente y así lo ha establecido en varias resoluciones la Corte Suprema de Justicia del Perú.¹²⁸

Recientemente el gobierno militar peruano ha expedido el Decreto Ley 17083 de 24 de octubre de 1968, que contiene las normas para la tramitación de la acción de *habeas corpus*, en cuanto a la tutela de los derechos humanos diversos de la libertad personal, pues esta última se protege a través del Código de Procedimientos Penales.

b) *La revisión judicial de la constitucionalidad de las leyes.* La doctrina ha señalado la paradoja de que no obstante que en Inglaterra hasta la fecha no se ha reconocido la facultad de los tribunales para conocer de las cuestiones de inconstitucionalidad de las leyes debido al principio de la supremacía del Parlamento, sin embargo, la revisión judicial que actualmente existe en numerosos países del mundo, tuvo su origen en las Colonias británicas precisamente debido al control que ejercía el Consejo Privado de la Corona sobre los fallos de los tribunales coloniales,¹²⁹ control que todavía subsiste respecto de varios miembros de la Comunidad Británica, aun cuando va desapareciendo paulatinamente.¹³⁰

Pero además de este control sobre los tribunales coloniales, influyó en el establecimiento de la revisión judicial la doctrina del famoso magistrado inglés Lord Eduard Coke contenida en el clásico asunto del *Dr. Bonham* resuelto en el año de 1610, y que si bien no tuvo aceptación en la propia Inglaterra, debido precisamente al principio de la supremacía absoluta del Parlamento, fue acogido por los jueces coloniales americanos, señalándose por la doctrina que ya en el año de 1657, los tribunales de Boston estimaron en forma clara, que de acuerdo con la tesis sustentada en el propio caso *Bonham*, que tenía facultad para invalidar una ley local, y uno de los argumentos que se esgrimieron posteriormente para considerar la nulidad de la famosa Ley de Estampillas de 1765 fue, precisamente, su contradicción a la Carta Magna y a los derechos naturales de los ingleses, según el antecedente judicial de Lord Coke, principio que, por otra parte, fue consagrado así sea en forma imprecisa en el artículo III de la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica en 1787, y desde entonces proclamado por los tribunales y la doctrina como una de las bases fundamentales de la revisión judicial.¹³¹

¹²⁸ Cfr. Ricardo Bustamante Cisneros, *Constitución y habeas corpus; Habeas corpus y acción popular*, ambos en "Revista del Foro", Lima, enero-agosto, y enero-junio de 1960, pp. 4-35 y 8-41, respectivamente; H. H. A. Cooper, *Apuntes críticos sobre el habeas corpus en el Perú*, en "Derecho", Anuario de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Núm. 28, Lima, 1970, pp. 4-10.

¹²⁹ Cfr. Mauro Cappelletti, *El control judicial de la constitucionalidad de las leyes en el derecho comparado*, cit., pp. 27-33.

¹³⁰ Cfr. Edward McWhinney, *The Privy Council as final appellate tribunal for the overseas empire*, en "Judicial Review", cit., pp. 49-60.

¹³¹ Cfr. George P. Smith, II, *Dr. Bonham's case and the modern significance of Lord Coke's influence*, en "University of Washington Law Review", Seattle, Washington, abril de 1966, pp. 297-314.

Ya desde los debates del Congreso Constituyente de Filadelfia se señaló, de acuerdo con la tradición colonial mencionada, la facultad de los tribunales de conocer las cuestiones de constitucionalidad de las leyes,¹³² pero se consolidó mediante la jurisprudencia de la Corte Suprema Federal, particularmente a través del criterio sustentado por el ilustre presidente de la propia Corte, John Marshall en el clásico asunto *Marbury versus Madison* resuelto en el año de 1803,¹³³ y a partir de entonces se desarrolló ampliamente este principio de la facultad de los tribunales de cualquier jerarquía para conocer y decidir de manera incidental las cuestiones de inconstitucionalidad de las leyes aplicables en los casos concretos sometidos a su conocimiento.

En realidad, la revisión judicial de la constitucionalidad de las leyes, considerada por el tratadista estadounidense J. A. C. Grant como una aportación de América a la ciencia política universal,¹³⁴ no constituye un instrumento procesal determinado sino exclusivamente un principio que sirve de apoyo para plantear la inconstitucionalidad de las disposiciones legales aplicables en un caso concreto y que al resolverse por los jueces ordinarios, puede llevarse inclusive ante el Tribunal Supremo a través de los medios ordinarios de impugnación, aun cuando en algunos países se hubiese elaborado un instrumento particular con este objeto, y en este sentido, podemos señalar el llamado “recurso extraordinario” regulado por las Cartas Federales de Argentina¹³⁵ y Brasil.¹³⁶

Pero este principio de la revisión judicial ha permitido plantear numerosos aspectos de inconstitucionalidad de las leyes que afectan los derechos humanos consagrados en las Leyes Supremas de los países influenciados por el derecho angloamericano, y particularmente en aquellos vinculados con la Comunidad Británica,¹³⁷ excluyendo a la misma Inglaterra, Nueva Zelandia, Israel y Sudáfrica.

¹³² Alexander Hamilton señalaba en sus artículos sobre la Constitución Federal, que el deber de los tribunales de justicia era declarar nulos todos los actos contrarios al sentido evidente de la Carta Fundamental, *El Federalista*, trad. de Gustavo R. Velasco, México, 1957, pp. 331-343.

¹³³ Una traducción castellana de esta clásica sentencia judicial, puede consultarse en “Revista Mexicana de Derecho Público”, México, enero-marzo de 1947, pp. 317-343.

¹³⁴ *El control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes*, cit., pp. 29-47.

¹³⁵ Este instrumento procesal está regulado por el artículo 100 de la Constitución Nacional y la Ley Núm. 48 de 14 de septiembre de 1863, con reformas posteriores; cfr. Rafael Bielsa, *La protección constitucional y el recurso extraordinario. Jurisdicción de la Corte Suprema*, 2a. Ed., Buenos Aires, 1958, esp. pp. 57 y ss.; Jorge Reinaldo Vanossi, *Aspectos del recurso extraordinario de inconstitucionalidad*, Buenos Aires, 1966; Esteban Imaz y Ricardo E. Rey, *El recurso extraordinario*, 2a. Ed., actualizada por Ricardo E. Rey y Lino Enrique Palacio, Buenos Aires, 1962.

¹³⁶ Este medio de impugnación está previsto por el artículo 119, fracción III, incisos a), b) y c), de la Constitución de 1967, reformada en 1969; cfr. José Frederico Marques, *Instituições de Direito Processual Civil*, vol. IV, Rio de Janeiro, 1960, pp. 321-355; Alfredo de Araujo Lopes da Costa, *Direito Processual Civil Brasileiro*, 2a. Ed., Rio de Janeiro, 1959, pp. 403-421; autores que se refieren a la regulación de la Constitución de 1946, pero cuyos conceptos resultan aplicables a la Carta vigente.

¹³⁷ Cfr. Edward McWhinney, *Constitutional Review in the Commonwealth*, en el volumen “Verfassungsgerichtsbarkeit in der Gegenwart”, cit., pp. 75-88; *Id. Constitutional Law in Great Britain and the Commonwealth countries*, cit., pp. 3-30.

Con excepción de la República sudafricana, los restantes países que no consignan la revisión judicial de la constitucionalidad de las leyes, debido a que conservan el principio de la supremacía del Parlamento y una organización constitucional parcialmente escrita y en su mayor parte consuetudinaria, pero no por ello carecen de un sistema de protección judicial de los derechos fundamentales, muchos de ellos consignados en disposiciones legales secundarias e inclusive de carácter consuetudinario,¹³⁸ y esta protección a través de los instrumentos ordinarios es bastante efectiva como lo han puesto de relieve la doctrina y la jurisprudencia de Inglaterra,¹³⁹ Nueva Zelandia¹⁴⁰ e Israel,¹⁴¹ aun cuando no deja de tener sus desventajas en cuanto a su complejidad y onerosidad procesales.¹⁴²

La situación de la República sudafricana es muy significativa por lo que se refiere a la revisión judicial como instrumento tutelar de los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente, ya que mientras perteneció a la Comunidad Británica, según su Ley Suprema de 20 de septiembre de 1909, artículos 95 y siguientes, la Suprema Corte poseía la facultad de decidir de manera definitiva sobre las cuestiones relativas a la constitucionalidad de las leyes,¹⁴³ pero una vez que se separó de la citada Comunidad y se organizó de manera totalmente independiente, la Carta Constitucional de 31 de mayo de 1961, en su artículo 59 prohibió a los tribunales pronunciarse sobre la validez de las leyes expedidas por el Parlamento, con las únicas excepciones de que dichas leyes pretendan abrogar o modificar las disposiciones constitucionales relativas a los idiomas oficiales; o al procedimiento dificultado de reforma de la propia Ley Fundamental.

La razón de esta reforma desfavorable a la revisión judicial que ya poseía una tradición en el derecho constitucional sudafricano con antelación a 1961, se debió a la actitud de la Suprema Corte, que durante los últimos años anteriores a la separación de la Comunidad, se opuso valerosamente a la política de discriminación racial del Gobierno, conocida con el nombre de *apartheid*.¹⁴⁴

Otro ejemplo que nos puede ilustrar sobre el valor de la revisión judicial angloamericana para la protección de los derechos humanos, nos la proporciona

¹³⁸ Cfr. Walter Raeburn, *El recurso efectivo y el juicio imparcial en el derecho consuetudinario (common law)*, en "Revista de la Comisión Internacional de Juristas", Ginebra, junio de 1968, pp. 23-38.

¹³⁹ Cfr. Harry Street, *Freedom the individual and the law*, cit., pp. 12 y ss.; W. J. M. Mackenzie y Harry Street, *Grundfreiheiten im Vereinigten Königreich von Grossbritannien und Nordirland*, cit., pp. 823-835.

¹⁴⁰ Thaddeus McCarthy y P. A. Cornford, *El sistema judicial en Nueva Zelandia*, en "Revista de la Comisión Internacional de Juristas", Ginebra, junio de 1968, pp. 84-98.

¹⁴¹ Cfr. Eliahu Likhouski, *The Courts and the legislative supremacy of the Knesset (Parlamento)*, en "Israel Law Review", Jerusalem, julio de 1968, pp. 345-367.

¹⁴² Cfr. Walter Raeburn, *El recurso efectivo y el juicio imparcial en el derecho consuetudinario*, cit., pp. 29-32.

¹⁴³ El texto de esta Carta de 1909 puede consultarse en la compilación de Amos J. Peasle, *Constitutions of Nations*, 2a. Ed., vol. III, La Haya, 1956, pp. 460 y ss.

¹⁴⁴ Cfr. Edward McWhinney, *Law and politics and the limits of the judicial process; Court against legislature in the Union of South Africa*, en "Judicial Review", cit., pp. 190-199; Karl Loewenstein, *Teoría de la Constitución*, cit., p. 325; D. G. Lavroff y G. Peiser, *Les Constitutions Africaines*, t. II, Paris, 1964, pp. 61-62.

el Canadá, cuya Constitución de 1867 carece de una declaración de derechos, pero en agosto de 1960, el Parlamento canadiense expidió la “Ley de Reconocimiento y Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales” (*Act of recognition and protection of human rights and fundamental freedoms*).

Aun cuando esta declaración —que fue antecedida por la expedida por la Provincia de Saskatchewan en el año de 1947— no puede considerarse como una verdadera ley constitucional, contiene una disposición que coloca a la misma, al menos en cierto sentido, en una situación de privilegio respecto de las leyes ordinarias, ya que todo ordenamiento legal debe ser expedido y aplicado de manera que no viole, afecte o infrinja las libertades establecidas en la citada declaración, a menos que el Parlamento declare expresamente que ese ordenamiento debe subsistir, no obstante que afecte algún aspecto de la repetida declaración;¹⁴⁵ pudiendo señalarse que la Suprema Corte del Canadá —que se independizó definitivamente del Consejo Privado de la Corona inglesa en el año de 1949— ha declarado la inconstitucionalidad de algunas leyes ordinarias por considerarlas contradictorias con la citada Declaración de 1960.¹⁴⁶

Por lo que se refiere a América Latina, fue México el primer país en introducir la revisión judicial de la constitucionalidad de las leyes en la Constitución del Estado de Yucatán en 1841, debido a la inspiración de Manuel Crescencio Rejón, y a través del juicio de amparo,¹⁴⁷ e inclusive hasta nuestros días y pasando por el artículo 25 del Acta de Reformas de 1847, debido a Mariano Otero, el segundo padre del amparo,¹⁴⁸ los artículos 101 y 102 de la Constitución de 5 de febrero de 1857¹⁴⁹ y 103 y 107 de nuestra Ley Suprema vigente de 5 de febrero de 1917,¹⁵⁰ la impugnación de las leyes inconstitucionales se realiza en el ordenamiento mexicano a través del juicio de amparo, que debido a esta función ha recibido el nombre de “amparo contra leyes”.¹⁵¹

¹⁴⁵ Cfr. Andrew D. Weinberger, *Freedom and Protection. The Bill of Rights*, San Francisco, 1962, pp. 11, 161-162; el texto íntegro de esta declaración de derechos puede consultarse en el libro de Bora Laskin, *Canadian Constitutional Law*, 2a. Ed., Toronto, 1960, pp. 1043-1046; *Id. Canada's Bill of Rights: a dilemma for the Courts?*, en “The International and Comparative Law Quarterly”, London, abril de 1962, pp. 519-536.

¹⁴⁶ Puede consultarse un caso importante, el de *H. N. the Queen versus Joseph Drybones*, fallado por la Suprema Corte del Canadá el 20 de noviembre de 1969, en una situación de discriminación racial, cfr. L. G. Weeramantry, *Algunos fallos de importancia en materia del imperio del derecho y de libertad de la persona*, en “La Revista de la Comisión Internacional de Juristas”, Ginebra, marzo de 1970, pp. 49-50.

¹⁴⁷ Cfr. Phanor J. Eder, *Judicial Review in Latin America*, en “Ohio Law Journal”, otoño de 1960, pp. 570-571; Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Homenaje a don Manuel Crescencio Rejón*, México, 1960, pp. 111-112.

¹⁴⁸ Cfr. Manuel Herrera y Lasso, *Los constructores del amparo*, en “Revista Mexicana de Derecho Público”, México, 1947, pp. 369-378.

¹⁴⁹ Cfr. Ignacio Burgoa, *El juicio de amparo*, cit., pp. 144 y ss.; Ignacio L. Vallarta, *El juicio de amparo y el writ of habeas corpus*, cit., pp. 31 y ss.

¹⁵⁰ Cfr. Ignacio Burgoa, *op. ult. cit.*, pp. 120-132; Felipe Tena Ramírez, *Derecho constitucional mexicano*, 8a. Ed., México, 1967, pp. 464-492.

¹⁵¹ Cfr. Mariano Azuela, *Aportación al estudio del amparo contra leyes*, en “Revista Jurídica Veracruzana”, Jalapa, marzo de 1957, pp. 7-43; Héctor Fix-Zamudio, *El juicio de amparo*. cit. pp. 167-194.

Todos los restantes países latinoamericanos han acogido expresamente el principio de la revisión judicial, inclusive a través de medios de impugnación particularizados, como Argentina y Brasil, según expresamos anteriormente, y sólo podemos señalar como excepciones las Leyes Fundamentales de Perú y Ecuador, que todavía consignan el criterio de que corresponde al órgano legislativo la declaración final sobre la constitucionalidad de las leyes.¹⁵²

Sin embargo, aun en estos dos países, se está abriendo paso la revisión judicial, cada vez con mayor fuerza, pudiendo señalarse que debido a que la doctrina peruana había venido propugnando por la citada revisión judicial,¹⁵³ el artículo 8º de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 25 de julio de 1963, consagró finalmente esta institución;¹⁵⁴ y por lo que se refiere a Ecuador, los artículos 76 y 205, inciso 4º, de las Cartas Fundamentales de 1946 y 1967, respectivamente, atribuyen a la Corte Suprema de Justicia la facultad limitada, de suspender la aplicación de las disposiciones legales que estime contrarias a la propia Ley Fundamental, aun cuando corresponde al Congreso, según se ha dicho, la facultad de decidir en definitiva sobre la citada inconstitucionalidad.¹⁵⁵

c) *Los writs de injuction y mandamus*. En el derecho inglés se establecieron una serie de remedios procesales calificados de “extraordinarios”, en el sentido de que constituyeron una protección especial que se apartaba de la ordinaria del *common law*,¹⁵⁶ y entre ellos se mencionan, tanto los de *writs de injuction y mandamus*, como los de *quo warranto, prohibition, certiorari*, etcétera, que conjuntamente con el más importante de ellos desde el punto de vista de la tutela de los derechos humanos, es decir, el de *habeas corpus*, se aplicaron en la época colonial y posteriormente en el derecho estadounidense, habiendo sido objeto de regulación legislativa tanto en el campo local como federal.

¹⁵² En efecto, el artículo 123, inciso 4º de la Carta Fundamental peruana de 1933, todavía en vigor con algunas reformas, establece categóricamente: “Son atribuciones del Congreso... 4º Examinar las infracciones de la Constitución y disponer lo conveniente para hacer efectiva la responsabilidad de los infractores”; en cuanto al Ecuador, el artículo 189 de su Constitución de 1946, reformada en 1948, otorgó al Congreso la decisión final de las cuestiones relativas a la constitucionalidad de las leyes y de los actos de autoridad, precepto que corresponde esencialmente al artículo 257 de la Carta Fundamental promulgada en 1967.

¹⁵³ Cfr. M. Antonio Zárate Polo, *La protección judicial de constitucionalidad* (tercera parte), en “Revista de Jurisprudencia Peruana”, Núm. 161, Lima, junio de 1957, pp. 626 y ss.

¹⁵⁴ Dicho precepto establece: “Cuando los jueces o tribunales al conocer de cualquier clase de juicios encuentren que hay *incompatibilidad entre una disposición constitucional y una legal, preferirán la primera*. Si no fueren apelables las sentencias de primera instancia en que se aplique este precepto, se elevarán en consulta a la Primera Sala de la Corte Suprema. Las sentencias de segunda instancia, se elevarán en consulta a la Primera Sala de la Corte Suprema, si no se interpusiere recurso de nulidad. *Los jueces y tribunales no aplicarán los decretos y reglamentos del Poder Ejecutivo o de cualquier otra autoridad, contrarios a la Constitución o a las leyes*”. Cfr. Phanor J. Eder, *Judicial Review in Latin America*, cit., p. 606; José Pareja Díaz Soldán, *Las Constituciones del Perú*, Madrid, 1954, p. 327.

¹⁵⁵ Cfr. Ramiro de Borja y Borja, *Las Constituciones del Ecuador*, Madrid, 1951, p. CLXVI.

¹⁵⁶ Cfr. Richard B. Allen, *Mandamus, quo warranto, prohibition and ne exeat*, en “The University of Illinois Law Forum”, Urbana, Illinois, primavera de 1960, p. 102.

Aun cuando estos instrumentos procesales no pueden considerarse como remedios específicos tutelares de los derechos humanos, con frecuencia se han utilizado en los países de origen, es decir, tanto en Inglaterra como en los Estados Unidos, como medios para lograr estos fines, aun cuando a través de los mismos se pueden hacer valer también derechos de carácter ordinario de muy diversa índole.¹⁵⁷

Sin embargo, podemos destacar la influencia que los citados instrumentos angloamericanos han ejercido, especialmente los referidos de *injunction* y *mandamus* en los ordenamientos de otros países, tanto de los pertenecientes a la Comunidad Británica como los de Latinoamérica, transformándose en remedios procesales específicos para la tutela de los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente.

a' En primer término podemos señalar que los artículos 32 y 246 de la Constitución de la República de la India, promulgada el 26 de noviembre de 1949 y que entró en vigor el 26 de enero de 1950, confieren a la Suprema Corte Federal y a los Tribunales Superiores (*High Courts*) de las entidades federativas, la facultad para conocer y resolver sobre *procedimientos específicos* para la tutela de los derechos humanos consagrados por la misma Carta Fundamental, contra todo acto o ley que los afecten, señalándose concretamente entre ellos a los *writs* de *habeas corpus*, *mandamus*, *prohibition*, *quo warranto* y *certiorari*.¹⁵⁸

b' El artículo 25 de la Constitución de la Unión Birmana, de 1947, consigna un principio similar al de los preceptos mencionados de la Carta Fundamental de la India, en cuanto atribuye a la Corte Suprema Federal, la facultad de conocer de los procedimientos particulares para tutelar los derechos fundamentales consignados por la misma Ley Suprema, comprendiéndose entre los mismos, a los citados *writs* de *habeas corpus*, *mandamus*, *prohibition*, *quo warranto* y *certiorari*.¹⁵⁹

c' Pero de todos estos remedios, han sido los de *injunction* y *mandamus* los que han tenido una influencia más apreciable en los ordenamientos latinoamericanos, ya que el primero, mucho más complejo de como se le considera por los que no se encuentran compenetrados del derecho angloamericano,¹⁶⁰ tiene su mayor aplicación como procedimiento para obtener una orden de abstención provisional o definitiva, y que ha sido muy útil como instrumento preventivo para impedir la realización de actos que puedan lesionar derechos fundamentales; en tanto que el *mandamus*, implica la posibilidad de obtener un mandato judicial para obligar, generalmente a una autoridad, para que cumpla con una obligación establecida claramente en la ley.¹⁶¹

Un sector de la doctrina mexicana ha encontrado similitud entre estos dos remedios procesales y algunos de los mencionados anteriormente, con el juicio

¹⁵⁷ Cfr. Richard B. Allen, *op. ult. cit.*, pp. 103 y ss.

¹⁵⁸ Cfr. H. M. Servai, *Constitutional law of India*, cit., pp. 577 y ss.; Allan Gledhill, *The Republic of India*, 2a. reimpresión, London, 1954, pp. 135 y ss.

¹⁵⁹ Cfr. Henry Puget, *Les Constitutions d'Asie et d'Australasie*, Paris, 1965, pp. 69 y ss.

¹⁶⁰ Cfr. Earl Jowit, *The Dictionary of English Law*, vol. 2, London, 1959, p. 972.

¹⁶¹ Cfr. Richard B. Allen, *Mandamus, quo warranto, prohibition and ne exeat*, cit. pp. 102-105; H. M. Servai, *Constitutional law of India*, cit. pp. 588-593.

de amparo;¹⁶² ya que, en efecto, podemos descubrir algunos elementos comunes, en cuanto a los efectos de los propios remedios —totalmente diferentes en su estructura— como ocurre con los efectos de la sentencia de amparo, en los términos del artículo 80 de la Ley de Amparo, que pueden traducirse en el mandato para que una autoridad se abstenga de realizar un acto violatorio o bien en la orden para que realice una obligación constitucional o legal,¹⁶³ y también por lo que se refiere a la suspensión del acto reclamado como medida precautoria, que en cierto sentido puede parangonarse como el procedimiento o mandato de *injunction* preventivo;¹⁶⁴ sin embargo, no existe indicio firme de que los mencionados *writs* hubiesen influido en la creación o en la evolución del propio juicio de amparo, puesto que se inspiró esencialmente en la revisión judicial en su aspecto genérico, según expresamos con anterioridad.

d' Descubrimos, por el contrario, una influencia decisiva de los mencionados *writs* de *injunction* y *mandamus* en los ordenamientos procesales de las provincias argentinas, que los han traducido como mandamientos de ejecución (*mandamus*) y prohibición (*injunction*).

En efecto, inclusive de manera expresa, el Código de Procedimiento Civil de la Provincia de Santiago del Estero, de 1944, al reglamentar el recurso de amparo establecido por el artículo 22 de la Carta Fundamental de dicha Provincia, de 2 de junio de 1939, hacía referencia a los procedimientos de *injunction* y *mandamus*, en su artículo 673, poniendo entre paréntesis los nombres castellanos de mandamientos de prohibición y de ejecución.¹⁶⁵

Por otra parte, estos mandamientos de ejecución y prohibición asumen tres direcciones en el derecho provincial argentino, en cuanto a su regulación como instrumentos procesales para tutelar los derechos fundamentales:

a" En primer término, en algunos ordenamientos los citados instrumentos se consignan como remedios procesales independientes del recurso o acción de amparo, realizando entonces una función paralela a la de este último instrumento tutelar.

En este sentido el artículo 22 de la Constitución de la Provincia del Chaco de 7 de diciembre de 1957, consagra expresamente los mandamientos de ejecución y prohibición, otorgando los primeros en beneficio de la persona que sufre perjuicio material, moral o de cualquier naturaleza, por el incumpli-

¹⁶² Cfr. Oscar Rabasa, *Diferencias entre el juicio de amparo y los recursos constitucionales norteamericanos*, en "Revista Mexicana de Derecho Público", México, 1947, pp. 385-405; Id. *El derecho Angloamericano*, México, 1944, pp. 640 y ss.; Maurice Minchen, *Comparación general de las constituciones de México y los Estados Unidos del Norte*, México, 1923, pp. 156-174; Ignacio Burgoa, *El juicio de amparo*, cit. pp. 73-79.

¹⁶³ Sobre los efectos de la sentencia de amparo, cfr. Ignacio Burgoa, *El juicio de amparo*, cit., pp. 553-565; Octavio A. Hernández, *Curso de Amparo. Instituciones fundamentales*, México, 1966, pp. 285-300.

¹⁶⁴ Respecto a la suspensión en el juicio de amparo, cfr. Ricardo Couto, *Tratado teórico-práctico de la suspensión en el amparo*, 2a. Ed., México, 1957, pp. 43 y ss.; Ignacio Soto Gordo y Gilberto Liévana Palma, *La suspensión del acto reclamado en el juicio de amparo*, México, 1959, pp. 37 y ss.; Ignacio Burgoa, *op. ult. cit.* pp. 677-688.

¹⁶⁵ Cfr. J. Ramiro Podetti, *Tratado de los recursos*, Buenos Aires, 1958, p. 47; Antonio Castiglione, *Recurso civil de amparo*, en "Revista de Derecho Procesal", Buenos Aires, 1946, vol. II, nn. 48-58.

miento de un deber expresamente determinado que una ley u ordenanza impusiera a un funcionario o entidad pública; en tanto que los de prohibición se establecen cuando las propias autoridades ejecuten actos prohibidos por leyes u ordenanzas.¹⁶⁶

En forma similar se consignan tales instrumentos en los artículos 35 (mandamiento de ejecución) y 36 (de prohibición), de la Constitución de la Provincia de Chubut, de 26 de noviembre de 1957,¹⁶⁷ y en el mismo orden en los artículos 12 y 13, respectivamente, de la Ley Suprema de la Provincia de Río Negro, de 10 de diciembre del propio año de 1957;¹⁶⁸ en tanto que el artículo 32 de la Carta Fundamental de la Provincia de Formosa, que entró en vigor el 30 de noviembre de 1957, únicamente consigna el mandamiento de ejecución.¹⁶⁹

¹⁶⁶ Cfr. Segundo V. Linares Quintana, *Derecho constitucional de las nuevas Provincias*, cit., p. 98. El citado artículo 22 dispone expresamente: “Siempre que una ley u ordenanza imponga a un funcionario o entidad pública un deber expresamente determinado toda persona que sufre perjuicio material, moral o de cualquier naturaleza por incumplimiento de ese deber, puede demandar ante juez competente la *ejecución inmediata* del o los actos que el funcionario o entidad pública rehusare cumplir. El juez, previa comprobación sumaria de los hechos enunciados y de derecho invocado, librará el *mandamiento encaminado a exigir el cumplimiento inmediato del deber omitido*. Si el funcionario o entidad pública de carácter administrativo ejecutara actos prohibidos por leyes u ordenanzas, la persona afectada podrá obtener por la vía y procedimientos establecidos en el presente apartado, un *mandamiento judicial prohibitivo* liberado al funcionario o entidad de que se trate.”

¹⁶⁷ Cfr. Segundo V. Linares Quintana, *op. ult. cit.*, p. 132, los citados preceptos establecen: “Artículo 35. Cuando una ley u ordenanza imponga a un funcionario o corporación pública un deber expresamente determinado, todo aquel en cuyo interés deba ejecutarse el acto o que sufre perjuicio material, moral o político, por falta de cumplimiento del deber, puede demandar ante el juez competente su *ejecución inmediata* y el juez, previa comprobación sumaria, de la obligación legal y del derecho del reclamante, dirigirá al funcionario o corporación un *mandamiento de ejecución*.” “Artículo 36. Si un funcionario o corporación pública ejecutase actos expresamente prohibidos por las leyes u ordenanzas, el perjudicado podrá requerir del juez competente, por procedimiento sumario, un *mandamiento prohibitivo* dirigido al funcionario o corporación.”

¹⁶⁸ Cfr. Linares Quintana, *op. ult. cit.*, p. 269. *Las mencionadas disposiciones establecen*: “Artículo 12. Para el caso de que esta *Constitución*, una ley, decreto, ordenanza, o resolución imponga a un funcionario o ente público administrativo un deber concreto, toda persona cuyo derecho resultare afectado por su incumplimiento, podrá demandar ante la justicia competente la ejecución inmediata de los actos que el funcionario o ente público administrativo hubiere rehusado cumplir. El juez, previa comprobación sumaria de los hechos denunciados, librará un *mandamiento y exigirá el cumplimiento inmediato del deber omitido*.” “Artículo 13. Si un funcionario o ente público administrativo ejecutare *actos prohibidos por esta Constitución*, una ley, decreto, ordenanza o resolución, la persona afectada podrá obtener por la vía y procedimiento establecidos en el artículo anterior un *mandamiento judicial prohibitivo* que se librará al funcionario o ente público del caso.”

¹⁶⁹ Cfr. Linares Quintana, *op. ult. cit.*, p. 165. El referido precepto dispone: “Siempre que una ley u ordenanza imponga a un funcionario público o corporación pública de carácter administrativo un deber expresamente determinado, toda persona o entidad en cuyo interés deba ejecutarse el acto que sufre perjuicio material, moral o político, por falta de cumplimiento del deber, puede demandar ante los tribunales su ejecución inmediata, y el tribunal, previa comprobación sumaria de la obligación legal y del derecho del reclamante, dirigirá al funcionario o corporación un *mandamiento de ejecución*.”

b" Dentro de una segunda corriente, varias Cartas Constitucionales locales argentinas, identifican los mandamientos de ejecución y prohibición con los efectos de la sentencia protectora dictada en un recurso o acción —en realidad, proceso— de amparo.

En esta dirección podemos señalar los artículos 14 de la Ley de Amparo de Santa Cruz, de 17 de julio de 1958;¹⁷⁰ 8º de la Ley de Amparo de Mendoza, de 7 de octubre de 1954;¹⁷¹ 11, de las Leyes de Amparo de Misiones y de San Luis, de 14 de noviembre de 1961 y 30 de julio de 1958, respectivamente.¹⁷²

c" Finalmente, puede advertirse que en los artículos 1º y 2º de la Ley de Amparo, número 282, de la Provincia de Entre Ríos, de 27 de noviembre de 1946, reformada por el Decreto 1640 de 1963, se identifica la petición de los mandamientos de ejecución y prohibición, con el recurso o acción de amparo.¹⁷³

5. *El sistema propio de Latinoamérica: el juicio de amparo, el mandamiento de seguridad y la acción popular de inconstitucionalidad.*

Aun cuando los países latinoamericanos siguieron en términos generales el principio estadounidense de la revisión judicial en la constitucionalidad de las leyes, le han otorgado perfiles propios a través de estas instituciones específicas para la tutela de los derechos fundamentales de la persona humana consagrados constitucionalmente.

a) *Acción, recurso o juicio de amparo.* Estos tres calificativos se han utilizado y se emplean actualmente para designar esta institución, que como hemos

¹⁷⁰ Según el referido precepto: "Si la resolución concediera el amparo se librará el respectivo *mandamiento de ejecución o prohibición*, que deberá contener: a) Expresión concreta de la persona, entidad o autoridad contra quien se dirige; b) Determinación precisa de lo que deba hacerse o no hacerse; c) Plazo fijado para el cumplimiento, y d) *Apercibimiento de la ley.*"

¹⁷¹ En la parte conducente de esta disposición, se establece: "Si la resolución concediera el amparo, de inmediato se librará el respectivo *mandamiento de ejecución o prohibición*, con expresión concreta de la persona, entidad o autoridad contra quien se dirige y con determinación precisa de lo que debe o no hacerse y del plazo fijado para el cumplimiento de la resolución, que en ningún caso podrá exceder de 24 horas..."

¹⁷² Estos dos preceptos que son idénticos inclusive en su numeración, disponen en su parte relativa: "Si la resolución concediera el amparo, en el mismo auto que lo decida se mandará librar el respectivo *mandamiento de ejecución o prohibición*. El mandamiento contendrá la expresión concreta de la autoridad contra quien se dirige; la determinación precisa de lo que debe o no hacerse, y el plazo fijado para el cumplimiento de la resolución que en ningún caso, podrá exceder de 24 horas..."

¹⁷³ De acuerdo con estas disposiciones: "Artículo 1º Siempre que una ley u ordenanza imponga a un funcionario o corporación pública de carácter administrativo un deber expresamente determinado, todo aquél en cuyo interés debe ejecutarse el acto o que sufre perjuicio material, moral o político por la falta de cumplimiento del deber, *puede demandar su ejecución inmediata.*" "Artículo 2º Si un funcionario o corporación pública de carácter administrativo ejecutare actos que le fueran expresamente prohibidos por las leyes u ordenanzas, el perjudicado podrá requerir un *mandamiento prohibitivo* contra el funcionario o corporación." Cfr. Eugenio Orlando, *La acción de amparo en la Constitución de Entre Ríos*, en "Jurisprudencia Argentina", Buenos Aires, 12 de septiembre de 1966, pp. 1-4.

mencionado tiene una tradición en el derecho hispánico, por lo que el nombre de amparo se ha considerado por el constitucionalista mexicano Felipe Tena Ramírez, como “castizo, evocador y legendario”.¹⁷⁴

Resulta ya un hecho notorio que México fue el primer país de Latinoamérica que consagró el juicio de amparo, que en su prístina significación, de acuerdo con la intención de sus creadores, Manuel Crescencio Rejón, Mariano Otero y los Constituyentes de 1856-1857, tenía como finalidades esenciales la protección de las “garantías individuales” y la tutela del régimen federal, pero siempre a través de la afectación de un derecho particular.¹⁷⁵

Constituye también un hecho indiscutible que el amparo mexicano ha influido directa o indirectamente en el establecimiento de remedios procesales del mismo nombre en diversos ordenamientos de Latinoamérica, tanto por el prestigio internacional que ha llegado a adquirir el instrumento protector mexicano, como por la circunstancia favorable ya destacada, de que la denominación posee una honda raigambre en el propio derecho de Latinoamérica.¹⁷⁶

El primer país que introdujo el amparo con posterioridad a México, fue la República de El Salvador, en su Constitución de 13 de agosto de 1886, y le siguieron Honduras y Nicaragua, en su Carta Fundamental y Ley de Amparo, respectivamente, ambas de 1894; Guatemala en la reforma constitucional de 11 de marzo y Argentina en la Constitución de la Provincia de Santa Fe de 13 de agosto, las dos de 1921; Panamá, en su Constitución de 2 de enero de 1941; Costa Rica en su Carta Suprema de 7 de noviembre de 1949; Venezuela en su Ley Fundamental de 1961; y Bolivia, Ecuador y Paraguay en sus Constituciones promulgadas en 1967.

También se estatuyó el amparo en las dos Constituciones Federales de Centroamérica, es decir, en la Constitución Política de los Estados Unidos de Centroamérica (Honduras, Nicaragua y El Salvador) promulgada en 1898, y en la Carta de la República Centroamericana (Guatemala, El Salvador y Honduras), de 9 de septiembre de 1921.¹⁷⁷

Con el objeto de sistematizar, así sea relativamente, esta materia tan compleja, consideramos necesario realizar una clasificación del amparo en cuanto a su extensión protectora, lo cual se puede intentar de la siguiente manera:

a' El amparo se extiende exclusivamente como un instrumento equivalente al *habeas corpus*, ya que únicamente puede utilizarse para tutelar la libertad de las personas físicas contra prisiones indebidas o irregularidades en el procedimiento criminal, y éste es el sentido que posee en la República de Chile, según lo expresamos anteriormente (*ver nota 114*) y no es necesario repetir en esta oportunidad, y lo mismo sucede en algunos Códigos procesales penales argentinos, que hablan indistintamente de *habeas corpus* y de amparo de la libertad

¹⁷⁴ *Derecho constitucional mexicano*, cit., p. 458, nota 412.

¹⁷⁵ Cfr. Ignacio Burgoa, *El juicio de amparo*, cit., pp. 105 y ss.; Ignacio L. Vallarta, *El juicio de amparo y el writ of habeas corpus*, cit. pp. 31 y ss.

¹⁷⁶ Cfr. Héctor Fix-Zamudio, *Diversos significados jurídicos del amparo en el derecho iberoamericano*, en “Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México”, Núm. 52, enero-abril de 1965, pp. 119-152; reproducido en “Rivista di Diritto Agrario”, Milano, julio-septiembre de 1967, pp. 502-543.

¹⁷⁷ Cfr. Phanor J. Eder, *Judicial Review in Latin America*, cit., pp. 571-572.

personal,¹⁷⁸ y algo similar ocurre con la disposición transitoria quinta de la Constitución venezolana de 1961 (*ver nota 115*).

b' En las legislaciones de Argentina, Venezuela, Guatemala, El Salvador, Costa Rica, Panamá y muy recientemente en Bolivia, Ecuador y Paraguay, el "recurso" o "acción" de amparo ha adquirido un significado de instrumento protector de los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente, con excepción de la libertad personal, que se tutela a través del tradicional *habeas corpus*, y por tal motivo, o se regula en una Ley especial o se consagra en un capítulo independiente en los ordenamientos sobre procedimientos constitucionales.

El amparo en la República Argentina ha sido objeto de una expansión que pudiéramos calificar de explosiva, después de su introducción en el artículo 17 de la Constitución de la Provincia de Santa Fe, de 1921,¹⁷⁹ reglamentado por la Ley número 2994 de primero de octubre de 1935;¹⁸⁰ después se consagró en la Carta Fundamental de Santiago del Estero de 2 de junio de 1939, artículo 22, y en los artículos 673 a 685 del Código de Procedimiento Civil de la misma Provincia, expedido en 1944 (*ver nota 165*), y posteriormente en el artículo 33 de la Constitución de la Provincia de Mendoza, de 31 de mayo de 1949.¹⁸¹

En efecto, en el ámbito provincial y particularmente con posterioridad a la revolución de 1955, el "recurso" o "acción" de amparo se ha consagrado en una gran parte de las Leyes Fundamentales de las provincias argentinas, pudiendo citarse las siguientes Cartas Políticas que regulan la institución de manera expresa:

a" Artículo 145, fracción 13 de la Constitución de la Provincia de Corrientes, de 17 de agosto de 1960.¹⁸²

b" Artículo 34 de la Constitución de la Provincia del Chubut, de 26 de noviembre de 1957.¹⁸³

¹⁷⁸ Cfr. Alejandro Silva Bascañán, *Tratado de derecho constitucional*, cit. t. II, Santiago, 1963, pp. 324-332, el cual sostiene que el recurso de protección o amparo que regula el citado artículo 16 constitucional se ajusta a las características tradicionales de la ley de *Habeas Corpus* de 1679.

¹⁷⁹ Cfr. César E. Romero, *Acción de amparo de los derechos y garantías constitucionales*, en "Revista Jurídica de Buenos Aires", abril-junio de 1958, pp. 79-96.

¹⁸⁰ Cfr. Salvador Dana Montaña. *La reglamentación del amparo jurisdiccional de los derechos y garantías*, en "La Ley", Buenos Aires, 8 de diciembre de 1966, p. 3.

¹⁸¹ Cfr. Carlos R. Melo, *Las Constituciones de la Provincia de Mendoza*, en "Boletín de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales", Córdoba, Argentina, enero-septiembre de 1963, p. 143.

¹⁸² Cfr. Juan R. Aguirre Lanari, *Algunos aspectos de las reformas introducidas en la Constitución de Corrientes*, en "Revista Argentina de Ciencias Políticas", Buenos Aires, julio-diciembre de 1960, p. 279. Dicho precepto dispone: "Las atribuciones del Supremo Tribunal de Justicia, son las siguientes: . . . 13) Interviene en última instancia en las acciones de amparo que se promuevan ante los tribunales de cualquier fuero, grado o jurisdicción de la Provincia."

¹⁸³ Cfr. Segundo V. Linares Quintana, *Derecho constitucional de las nuevas Provincias*, cit., p. 132. Esta disposición establece: "Procederá el recurso de amparo, contra cualquier persona o autoridad que ilegalmente pusiere en peligro inminente, restringiere o limitare el ejercicio de los derechos civiles o políticos reconocidos por esta Constitución, a fin de que el juez arbitre los medios para el inmediato restablecimiento del ejercicio

c" Artículo 20 de la Constitución de la Provincia de Formosa, en vigor a partir del 30 de noviembre de 1957.¹⁸⁴

d" Artículos 16, 17 y 18 de la Constitución de la Provincia Misiones, de 21 de abril de 1958.¹⁸⁵

e" Artículo 16 de la Constitución de la Provincia de la Pampa, de 6 de octubre de 1960.¹⁸⁶

f" Artículo 11 de la Constitución de la Provincia de Río Negro, de 10 de diciembre de 1957.¹⁸⁷

g" Artículo 15 de la Constitución de la Provincia de Santa Cruz, de 6 de noviembre de 1957.¹⁸⁸

h" Artículo 17 de la Constitución de la Provincia de Santa Fe, de 14 de abril, de 1962.¹⁸⁹

del derecho afectado. Este recurso no impedirá el ejercicio de otras acciones legales que correspondieren."

¹⁸⁴ Cfr. César E. Romero, *Acción de amparo de los derechos y garantías constitucionales*, cit., p. 90. Según este precepto: "Procederá el recurso de amparo contra cualquier persona o autoridad que ilegalmente impidiere, dificultare, restringiere o pusiere en peligro inminente el ejercicio de los siguientes derechos: entrar, permanecer, transitar o salir del territorio de la Provincia, reunirse pacíficamente, opinar, profesar su culto, ejercer sus derechos políticos, de prensa, de trabajar, y de enseñar y de aprender. El procedimiento será el establecido por la ley y mientras no fuere sancionada, podrá el juez arbitrar y abreviar trámites y términos para el inmediato restablecimiento del ejercicio legítimo del derecho afectado. Este recurso no obstará al ejercicio de otras acciones legales que correspondieren."

¹⁸⁵ Cfr. Linares Quintana, *Derecho constitucional de las nuevas Provincias*, cit., p. 201; Romero, *Acción de amparo de los derechos y garantías constitucionales*, cit., p. 91. El primero de los mencionados preceptos dispone: "Frente a cualquier decisión o acto arbitrario de la autoridad, en relación tanto a la persona como a los derechos de los habitantes de la Provincia, y ya se trate de una lesión jurídica consumada, como de una amenaza inminente, proceden los recursos de *habeas corpus* o de amparo a los fines de que cese el efecto de lo ya consumado o no se lleve a cabo lo amenazado."

¹⁸⁶ Cfr. Linares Quintana, *op. ult. cit.*, p. 184. En los términos de la citada disposición: "Los jueces prestarán amparo a todo derecho reconocido por las Constituciones de la Nación o de la Provincia, y si no hubiere reglamentación o procedimiento legal arbitrarán a ese efecto trámites breves."

¹⁸⁷ Cfr. Linares Quintana, *op. ult. cit.*, pp. 268-269. En su parte conducente, dicho artículo preceptúa: "*Todas las libertades humanas reconocidas expresa o implícitamente por esta Constitución*, están protegidas por la acción de amparo que puede promover el restringido por sí o por terceros en su nombre, sin necesidad de mandato, valiéndose de cualquier medio de comunicación y a cualquier hora, ante el juez letrado inmediato, sin distinción de fueros o instancias y aunque forme parte de un tribunal colegiado, a fin de que se ordene su inmediata libertad, se lo someta al juez competente, se le acuerde la garantía violada o el ejercicio de sus derechos individuales o colectivos..."

¹⁸⁸ Cfr. Linares Quintana, *op. ult. cit.*, p. 292. Esta disposición es idéntica inclusive en su numeración a la de la Constitución de la Provincia de la Pampa, que se transcribió en la nota 186.

¹⁸⁹ Cfr. Salvador Dana Montaña, *La reglamentación del amparo jurisdiccional de los derechos y garantías*, cit., p. 1. Según el precepto mencionado: "*Un recurso jurisdiccional de amparo*, de trámite sumario, puede deducirse contra cualquier decisión, acto u omisión de una autoridad administrativa provincial, municipal o comunal o de entidades o personas privadas en ejercicio de funciones públicas, que amenazare, restringiere o impidiere, de manera manifiestamente ilegítima, el ejercicio de un derecho de libertad directamente reconocido a las personas en la Constitución Nacional o de la Provincia, siempre

Además, se han expedido Leyes reglamentarias sobre "recurso" o "acción" de amparo en varias de las citadas provincias argentinas, debiendo recordarse que el primer ordenamiento reglamentario lo fue la Ley número 2994 de la Provincia de Santa Fe (*ver nota 180*), la cual fue seguida por la Ley sobre el recurso de amparo número 2582 de la Provincia de Entre Ríos, que fue publicada el 27 de noviembre de 1946, pero este ordenamiento ha sido objeto de adiciones y reformas por el Decreto 1640 de 1963, cuyo texto se encuentra actualmente en vigor.¹⁹⁰

Debemos mencionar también las Leyes número 2355 de la Provincia de Mendoza, promulgada el 7 de octubre de 1954; número 11 de la Provincia de Santa Cruz, de 17 de julio de 1958; número 2596 de la Provincia de San Luis, de 30 de julio de 1958; número 146 de la Provincia de Misiones, de 14 de noviembre de 1961; número 2690 de la Provincia de la Rioja, de 7 de septiembre de 1960, pero no publicada sino hasta el 12 de octubre de 1962; y número 7166 de la Provincia de Buenos Aires, promulgada el 10 de diciembre de 1965, reformada por la Ley 7261 de 30 de diciembre de 1966,¹⁹¹ y número 4915 de la Provincia de Córdoba, de 9 de enero de 1967.

Por otra parte, en el ámbito nacional el amparo surgió primero en el terreno jurisprudencial, ya que se inició con dos casos famosos resueltos por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, es decir el de "Ángel Siri", de 27 de diciembre de 1957,¹⁹² y "Samuel Kot", fallado el 5 de septiembre de 1958,¹⁹³ y posteriormente se fue configurando a través de una copiosa jurisprudencia, en especial de la misma Corte Suprema, pero también de otros tribunales locales y nacionales,¹⁹⁴ que fue acompañada de una amplísima elaboración doctrinal.¹⁹⁵

que no pudieren utilizarse los remedios ordinarios sin daño grave o irreparable y no existieren recursos específicos de análoga naturaleza acordados por leyes o reglamentos."

¹⁹⁰ Cfr. Eugenio Orlando, *La acción de amparo en la Constitución de Entre Ríos*, cit., pp. 1-4, quien consigna, además, el texto refundido de la misma Ley de Amparo.

¹⁹¹ Sobre la citada Ley de Amparo de la Provincia de Buenos Aires, cfr. Augusto Mario Morello, *Régimen procesal del amparo en la Provincia de Buenos Aires*, La Plata, 1966, pp. 79 y ss.; José Luis Lazzarini, *El juicio de amparo*, Buenos Aires, 1967, pp. 405 y ss.

¹⁹² Cfr. Segundo V. Linares Quintana, *Modificación de la Jurisprudencia de la Corte Suprema sobre el amparo de la libertad*, en "La Ley", Buenos Aires, 7 de marzo de 1958, pp. 1-2; Roberto Repetto, *El recurso de amparo en la nueva interpretación de la Corte Suprema de la Nación*, en "Jurisprudencia Argentina", Buenos Aires, 18 y 19 de junio de 1958.

¹⁹³ Cfr. Genaro Carrió, *Recurso de amparo y técnica judicial*, Buenos Aires, 1960, esp. pp. 147-183; Abel Houssay, *Amparo judicial. El caso Kot y su influencia en la jurisprudencia*, Buenos Aires, 1961, pp. 51 y ss.; Carlos A. Tagle, *El amparo judicial de los derechos fundamentales*, en "Jurisprudencia Argentina", Buenos Aires, 4 de noviembre de 1958, pp. 1-5.

¹⁹⁴ Cfr. Eduardo Vocos Conesa, *La demanda de amparo en la jurisprudencia de la Corte Suprema Nacional. Desde Siri y Kot hasta el 25 de octubre de 1969*, en "Jurisprudencia Argentina", Buenos Aires, 12 y 15 de diciembre de 1969, pp. 1-31, 19-29, respectivamente; Editores, *Acción de amparo: condiciones de admisibilidad (Actualización jurisprudencial, 1964-1969)*, en "La Ley", Buenos Aires, 16 y 17 de septiembre de 1969, pp. 1-11, 3-10, respectivamente.

¹⁹⁵ La doctrina sobre la acción de amparo en el ámbito nacional ha sido exhuberante, por lo que citaremos los trabajos más amplios y recientes: Genaro R. Carrió, *Recurso*

Además, en la Convención Constituyente reunida en la ciudad de Santa Fe en los meses agosto a noviembre de 1957, se pretendió introducir un precepto específico en la Constitución nacional que consagrara expresamente el juicio de amparo, pero no obstante que inclusive se redactó un proyecto de esta disposición por la Comisión Redactora, dicho proyecto no fue aprobado, quedando el mismo amparo como una institución de carácter implícito.¹⁹⁶

Se elaboraron numerosos proyectos con el objeto de expedir una ley de amparo de carácter nacional, entre los cuales destaca el formulado por el Tercer Congreso de Abogados de la Provincia de Buenos Aires, celebrada en el año de 1961,¹⁹⁷ pero el que consideramos más importante es el redactado por el Ejecutivo Nacional y remitido al Congreso Federal en el mes de julio de 1964,¹⁹⁸ en el cual se condensaron las bases de esta institución argentina, tal como se le consideraba en esa época por la jurisprudencia.¹⁹⁹

Finalmente, se expidió la Ley nacional sobre “acción de amparo”, número 16,986, de 18 de octubre de 1966, que recoge varios aspectos de la institución elaborados por la jurisprudencia y algunos otros de la citada Ley 7,166 de la provincia de Buenos Aires, la cual, a su vez, se inspiraba en el proyecto nacional

de amparo y técnica judicial, cit. *Id. Algunos aspectos del recurso de amparo*, Buenos Aires, 1959; Segundo V. Linares Quintana, *Acción de amparo. Estudio comparado con el juicio de amparo de México y el mandato de seguridad del Brasil*, Buenos Aires, 1960, esp. pp. 21 y ss.; Germán J. Bidart Campos, *Derecho de Amparo*, Buenos Aires, 1961; Abel Houssay, *Amparo judicial*, cit.; Alfredo Orgaz, *El recurso de amparo*, Buenos Aires, 1961; Carlos Sánchez Viamonte, *Juicio de Amparo*, Buenos Aires, 1963; José Luis Lazzarini, *El Juicio de Amparo*, cit.

¹⁹⁶ Con el material recogido de numerosos proyectos que sobre el particular se presentaron en el seno de la citada Convención, la Comisión Redactora elaboró un proyecto de disposición constitucional que finalmente no fue aprobada, pero que resulta interesante reproducir en lo conducente: Incorporáse como artículo nuevo a continuación del artículo 18 (de la Constitución Nacional), el siguiente texto: “Toda persona podrá obtener el amparo de sus derechos individuales consagrados en la Constitución promoviendo por sí o por conducto de un tercero, ante cualquier juez, aunque lo sea de un tribunal colegiado, acción de amparo. Los jueces tienen obligación ineludible de prestar inmediatamente ese amparo en sus respectivas jurisdicciones contra toda privación, restricción o amenaza de la libertad contraria a esta Constitución, ya provenga de actos o de omisión de autoridad o de particulares. Esta garantía se hará efectiva con procedimientos sumarisimos...” Cfr. *Diario de Sesiones de la Convención Nacional Constituyente*, t. II, Buenos Aires, 1958, pp. 840, 851, 862, 891, 947, 951, 969, 1010-1020; César Enrique Romero, *Acción de amparo de los derechos y garantías constitucionales*, cit., pp. 85-86.

¹⁹⁷ Cfr. J. Germán Bidart Campos, *Derecho de Amparo*, cit., pp. 275 y ss.

¹⁹⁸ Publicado en el diario *La Nación*, Buenos Aires, 21 de junio de 1964.

¹⁹⁹ El artículo 1º del citado proyecto establecía lo siguiente: “La acción de amparo procederá contra toda conducta, autoridad, funcionario o empleado público, o actos de particulares, aun cuando se fundamente en Ley, que en forma actual o inminente lesionen, restrinjan, alteren o amenacen con ilegalidad o arbitrariedad los derechos o garantías explícita o implícitamente reconocidos por la Constitución Nacional, siempre que no existan otros recursos judiciales o administrativos, que permitan obtener el mismo resultado, o que, existiendo, no fueran manifiestamente idóneos para la protección inmediata del derecho o garantía constitucional.” Cfr. José Luis Lazzarini, *La acción de amparo y el proyecto del Poder Ejecutivo Nacional*, en “La Ley”, Buenos Aires, 20 de octubre de 1964, pp. 1-4.