

PROTECCIÓN PROCESAL DE LOS DERECHOS HUMANOS *

SUMARIO: 1. Justificación del tema. 2. Breve resumen, por orden alfabético de autores, de las ponencias nacionales: A. Aguirre Godoy, Mario (Guatemala): *Protección procesal de los derechos humanos*; B. Almagro Nosete, José (España): *Protección procesal de los derechos humanos en España*; C. Arlas, José A. (Uruguay): *Protección procesal de los derechos humanos*; D. Conso, Giovanni (Italia): *La protezione processuale dei diritti umani in Italia*; E. Georgopoulos, Constantin (Grecia): *La protection juridictionnelle des droits de l'homme en Grèce*; F. Gómez Lara, Cipriano (México): *La protección de los derechos humanos en México*; G. Jauernig, Othmar (República Federal de Alemania): *Der gerichtliche Rechtsschutz Menschenrechte in der Bundesrepublik Deutschland*; H. Jolowicz, J. A. (Inglaterra): *Procedural protection of human rights: England*; I. Manrique Soto, Ana C. y Cabrera Anaya, Mirtiliano (Venezuela): *Protección procesal de los derechos humanos*; J. Moraes e Barros, Hamilton de (Brasil): *A proteção jurisdicional dos direitos humanos no direito positivo brasileiro*; K. Molello, Augusto M. (Argentina): *Protección procesal de los derechos humanos en la Argentina*; L. Sarmento Núñez, José Gabriel (Venezuela): *Protección procesal de los derechos humanos*. 3. Clasificación de los instrumentos procesales. 4. Medios indirectos: A. *Garantías constitucionales del proceso*; B. *Proceso ordinario*; C. *Justicia administrativa*. 5. Instrumentos específicos: A. *Habeas corpus*; B. *Juicio de amparo y mandamiento de seguridad*; C. *Recursos constitucionales*; D. *Control de la constitucionalidad de las leyes*. 6. Situaciones de emergencia. 7. Derechos humanos y justicia militar. 8. Protección procesal interna y convenciones internacionales. 9. Conclusiones.

1. Justificación del tema

El ilustre procesalista español Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, que para fortuna de México contamos entre nosotros, y que ha sido sin duda alguna el inspirador, promotor y ejecutor principalísimo de este Quinto Congreso Internacional de Derecho Procesal, señaló como una de las tendencias predominantes de los últimos veinticinco años en el mundo del proceso, el de la expansión incontenible de los estudios sobre la *justicia*

* Ponencia General presentada en el Quinto Congreso Internacional de Derecho Procesal, efectuado en la ciudad de México, durante los días 12 a 18 de marzo de 1972.

constitucional,¹ evolución que señalamos de manera panorámica en un trabajo nuestro,² y que desde entonces sigue proliferando en forma extraordinaria, debido a la preocupación de un sector considerable no sólo de los procesalistas sino también de los constitucionalistas y de los internacionalistas, debido a las también crecientes contradicciones del mundo de nuestra época, que ha significado por las grandes declaraciones de los derechos humanos y al mismo tiempo, triste es reconocerlo, por las grandes violaciones a la dignidad de la persona humana.

Resulta innecesario señalar que la romántica creencia de los idealistas revolucionarios de los fines del siglo XVIII y de la primera mitad del XIX, de que era suficiente consagrar los derechos humanos en documentos constitucionales, para que los mismos fuesen respetados por las autoridades y por los conciudadanos, quedó destrozada muy pronto por el desbordamiento constante de los poderes públicos, sin que los afectados tuviesen otra defensa que denuncias patéticas o acusaciones sin respuesta.

Es cierto que ya en la Edad Media y hasta el siglo XVI se habían presentado algunos antecedentes de la defensa procesal de la libertad en los fueros aragoneses que dieron lugar a la legendaria figura del Justicia Mayor y los procesos forales del amparo y de la manifestación de las personas;³ que la evolución del derecho británico culminó con la consagración legislativa del *habeas corpus* en la famosa Ley de 1679 que pronto se difundió por todo el mundo occidental,⁴ y que en los Estados Unidos una modesta imprecisa disposición de la Carta Fundamental de 1787 dio lugar a la magnífica institución protectora de la revisión judicial de la constitucionalidad de las leyes, que paulatinamente se fue extendiendo a otros países, especialmente a las recién independizadas colonias españolas en América;⁵ pero todos ellos no fueron sino chispazos en un mundo agitado y confuso, que transitaba muy lentamente por el camino escabroso y difícil de la defensa jurídica de la libertad.

¹ *Veinticinco años de evolución del derecho procesal, 1940-1965*, México, 1968, p. 143.

² Cfr. Héctor Fix-Zamudio. *Veinticinco años de evolución de la justicia constitucional, 1940-1965*, México, 1968, *passim*.

³ Entre muchos otros, Víctor Fairén Guillén, *Antecedentes aragoneses de los juicios de amparo*, México, 1971, pp. 9-105.

⁴ El texto 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. Este propio ordenamiento es calificado por el famoso jurista inglés William Blackstone como la segunda Magna Carta, *Commentaries on the law*, Ed. Bernard C. Gavit, Washington, 1941, p. 93; Héctor Fix-Zamudio, *Influencia del derecho angloamericano en la protección procesal de los derechos humanos en América Latina*, en el volumen "Festschrift für Karl Leowentein", Tübingen, 1971, pp. 488-497.

⁵ Sobre esta materia existe una bibliografía impresionante, por lo que nos limitaremos a citar a Phanor J. Eder. *Judicial Review in Latin America*, en "Ohio Law Journal", otoño de 1960, pp. 570-615; Héctor Fix-Zamudio, *op. ult. cit.*, 497-503; Edward McWhinney. *Constitutional Review in the Commonwealth*, en el volumen "Verfassungsgerichtsbarkeit in der Gegenwart", Köln-Berlin, 1962, pp. 75-88.

Fue en la primera postguerra cuando la ciencia procesal, que había alcanzado progresos espectaculares primero en Alemania y posteriormente en Italia,⁶ volvió los ojos hacia un sector que hasta entonces había permanecido prácticamente inaccesible, es decir, el campo del derecho constitucional.

Debemos no a un procesalista sino a un ilustre filósofo del derecho, Hans Kelsen, las bases esenciales de una nueva disciplina jurídica que podemos calificar como *derecho procesal constitucional*,⁷ que posteriormente fueron desarrolladas por una de las figuras más limpias y brillantes del procesalismo italiano, el inolvidable Piero Calamandrei.⁸

En un trabajo anterior nos atrevimos a sostener un paralelismo entre los clásicos trabajos de Bülow y Chiovenda,⁹ como iniciadores del procesalismo científico —particularmente, en el campo del proceso civil— en sus respectivos países; y los estudios de Kelsen y Calamandrei,¹⁰ como punto de partida del derecho procesal constitucional en Alemania e Italia, que se han significado, a partir del siglo XIX, por el florecimiento de los estudios procesales.¹¹

Pero si la tutela procesal de la totalidad de las disposiciones constitucionales es de gran importancia para evitar los abusos y desviaciones de los órganos del poder, el análisis de los instrumentos protectores de los derechos humanos, asume una trascendencia capital en nuestra época, por lo que sin abandonar el análisis de la justicia constitucional en su

⁶ Para la evolución del derecho procesal científico y sus diversas escuelas, debe consultarse la magnífica y completa exposición de Pedro Aragonés Alonso, *Proceso y derecho procesal*, Madrid, 1960, pp. 562 y ss.

⁷ Cfr. Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, *Proceso, autocomposición y autodefensa*, 2ª Ed., México, 1970, p. 215, considera con todo acierto que el jurista austriaco debe ser considerado como el fundador de esta rama procesal.

⁸ Especialmente en tres estudios fundamentales, *Potere giudiziario e Suprema Corte Costituzionale*; *La illegittimità costituzionale delle leggi nel processo civile*; y *Corte Costituzionale e autorità giudiziaria*, publicados en la obra recopilativa "Opere giuridiche", volumen III, Napoli, 1968, pp. 215-225; 337-412; 609-654.

⁹ El libro de Oscar Bülow, *La teoría de las excepciones procesales y de los presupuestos procesales*, trad. de Miguel Angel Rosas Lichtschein, Buenos Aires, 1964, fue publicado originariamente en Gieszen en 1868, en tanto que la famosa Lección inaugural de Giuseppe Chiovenda, *La acción en el sistema de los derechos*, trad. de Santiago Sentís Melendo, en el volumen "Ensayos de derecho procesal civil", Buenos Aires, 1949, pp. 3-130, fue leída por su autor en la Universidad de Bolonia, el 3 de febrero de 1903. Ambos trabajos se consideran como el punto de arranque del procesalismo científico en sus respectivos países.

¹⁰ Aun cuando el propio Hans Kelsen publicó varios estudios sobre esta materia, podemos citar su clásica monografía *La garantie juridictionnelle de la Constitution (La justice constitutionnelle)* en "Revue de Droit Public et de la Science Politique en France et à l'Étranger", Paris, 1928, pp. 197-257; en cuanto a los trabajos esenciales de Calamandrei los hemos citado en la nota número 8.

¹¹ Cfr. Héctor Fix-Zamudio, *La aportación de Piero Calamandrei al derecho procesal constitucional*, en "Revista de la Facultad de Derecho de México", núm. 24, octubre-diciembre de 1956, pp. 191-211, reproducido en el libro *El juicio de amparo*, México, 1964, pp. 145-163.

conjunto, un sector de la doctrina contemporánea ha dirigido sus esfuerzos al análisis de este sector del derecho procesal constitucional, que podemos calificar gráficamente como *derecho procesal de la libertad*.

A este respecto y para continuar con este esbozo que de ninguna manera pretende ser completo, sino señalar a grandes rasgos la evolución de nuestra disciplina, podemos destacar como significativo el estudio del connotado procesalista italiano Mauro Cappelletti, quien heredó de su maestro Calamandrei el amor por la libertad humana, que publicó en 1955 con un título que ha tomado carta de naturaleza de la doctrina jurídica de nuestros días: *La giurisdizione costituzionale delle libertà*¹² y que nos atrevimos a traducir como *Jurisdicción constitucional de la libertad*.¹³

A partir de entonces puede decirse que existe un verdadero desbordamiento doctrinal en el estudio de la protección procesal de los derechos humanos, a través de un enjambre de trabajos sobre los sistemas nacionales; pero debiendo destacarse por su alcance más amplio, los análisis colectivos o de tipo comparativo, que se han estado realizando en los últimos años sobre esta materia, cada vez con mayor intensidad.¹⁴

Esta tendencia hacia el análisis comparativo de la protección procesal de los derechos del hombre se advierte en varios congresos y coloquios internacionales, entre los cuales podemos citar los siguientes:

a) Las Terceras Jornadas Latinoamericanas de Derecho Procesal, efectuadas en la ciudad de São Paulo, Brasil, en el mes de septiembre de 1962, en las cuales se analizó el mandamiento de seguridad brasileño en relación con otras instituciones similares latinoamericanas, particularmente el juicio de amparo,¹⁵ habiéndose aprobado una recomendación a las facultades de Derecho de todas las universidades para que promovieran

¹² La obra original fue publicada en Milán en el año de 1955. El propio Cappelletti ha continuado cultivando esta disciplina hasta convertirse en uno de los especialistas más destacados, si no el principal, y al respecto podemos citar *El control judicial de la constitucionalidad de las leyes en el derecho comparado*, trad. de Cipriano Gómez Lara y Héctor Fix-Zamudio, México, 1966, publicado posteriormente en italiano, *Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel diritto comparato*, Milán, 1968, reimpreso, 1970; y además de otros trabajos, el mismo autor ha publicado recientemente el libro *Judicial review in the contemporary world*, Indianapolis-Kansas City-New York, 1971.

¹³ Publicado en México, 1961, con un apéndice del traductor sobre *La jurisdicción constitucional mexicana*, pp. 131-247.

¹⁴ Sobre la importancia del método comparativo en el estudio de los derechos humanos, véase el magnífico estudio del ilustre René Cassin, Premio Nobel de la Paz, *Droits de l'homme et méthode comparative*, en "Revue Internationale de Droit Comparé", París, julio-septiembre de 1968, pp. 449-492.

¹⁵ Cfr. Héctor Fix-Zamudio, *Mandato de seguridad y juicio de amparo*; Alejandro Ríos Espinoza, *Presupuestos constitucionales del mandato de seguridad*; Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, *El mandato de seguridad brasileño visto por un extranjero*, en el volumen "Tres estudios sobre el mandato de seguridad brasileño", México 1966, pp. 3-69; 70-96; 97-126, respectivamente.

estudios concernientes a la tutela jurisdiccional efectiva de los derechos y libertades del hombre.¹⁶

b) Coloquio organizado, en el año de 1962, por el Instituto Max Planck para el estudio del derecho público extranjero e internacional (*Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*) bajo la dirección del profesor Hermann Mosler y con sede en la ciudad de Heidelberg, sobre el tema "Jurisdicción Constitucional en la Actualidad" (*Verfassungsgerichtsbarkeit in der Gegenwart*), en el cual se presentaron informes nacionales de diecisiete países,¹⁷ todos los cuales, si bien no se refieren de manera exclusiva a la tutela de los derechos humanos, sino a la protección de todas las normas constitucionales, comprenden también, por supuesto, la protección de los citados derechos del hombre.

c) Cuartas Jornadas Latinoamericanas de Derecho Procesal, celebradas en las ciudades de Caracas y Valencia, Venezuela, durante los días 27 de marzo a 2 de abril de 1967, en las cuales se discutió, entre otros, el tema sobre *Protección procesal de las garantías individuales en América Latina*.¹⁸

d) Un Segundo Coloquio Internacional organizado también por el Instituto Max-Planck de Heidelberg, a iniciativa de su distinguido director, profesor Hermann Mosler, esta vez sobre Protección judicial del particular frente al poder ejecutivo (*Gerichtsschutz gegen die Executive*); y que se realizó en la citada ciudad de Heidelberg durante los días 18 al 20 de julio de 1968, presentándose informes nacionales de treinta y un países, y dos relativos a las Comunidades Europeas y a las Organizaciones Internacionales, incluyendo dieciséis trabajos de carácter comparativo y sobre derecho internacional público,¹⁹ en la inteligencia de que la comunica-

¹⁶ Cfr. Otto Gil, *Introdução à coletânea de estudos sobre o mandado de segurança*, en el volumen "Estudos sobre o mandado de segurança", Rio de Janeiro, 1963, p. 25; obra en la cual aparece también un proyecto de reglamentación del instrumento procesal previsto por los artículos XVIII y 8º, respectivamente, de las Declaraciones Americana y Universal, de los Derechos del Hombre, redactado por el tratadista brasileño J. M. Othon Sidou con el título: *A tutela judicial dos direitos fundamentais*, pp. 11-156.

¹⁷ En esta obra, publicada en 1962 por Carl Heymans Verlag, Köln-Berlin, 1047 pp., se incluyen los informes nacionales de los siguientes países: Argentina, República Federal Alemana, Finlandia, Francia, Italia, Japón, Colombia, México, Noruega y Dinamarca, Austria, Suecia, Suiza, Sudáfrica, Turquía, Estados Unidos de América, Chipre, así como de la Comunidad Británica y, además, cinco estudios de tipo comparativo.

¹⁸ Las conclusiones aprobadas en torno a este tema aparecen publicadas en la "Revista Iberoamericana de Derecho Procesal", Madrid, 1967, pp. 323-327, incluyendo como esencial la siguiente declaración: "Los derechos fundamentales deberán ser amparados a través de un proceso especialmente establecido al efecto." En cuanto la ponencia redactada por Héctor Fix-Zamudio, fue publicada en la misma revista, pp. 393-469.

¹⁹ Los trabajos presentados en este segundo Coloquio de Heidelberg, fueron publicados en tres volúmenes por las editoriales Carl Heymans y Oceana Publications, Köln-Berlin-Bonn-München-Dobbs Ferry-New York, 1258 p. los dos primeros tomos y

ción relativa al derecho mexicano fue elaborado en dos estudios complementarios redactados por el profesor Niceto Alcalá-Zamora y Castillo²⁰ y el suscrito.²¹

e) Seminario Internacional de Derechos Humanos, organizado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, con el patrocinio de la Secretaría de Relaciones Exteriores y la Comisión Interamericana de los Derechos del Hombre; bajo la certera coordinación del investigador emérito Niceto Alcalá-Zamora y Castillo y que se efectuó de diciembre de 1968 a marzo de 1969, contando con la presencia de juristas tan eminentes como René Cassin —Premio Nobel de la Paz—, Carlos García Bauer, Karl Loewenstein y Karel Vasak y la participación de tratadistas mexicanos, habiéndose incluido, entre varios cursos básicos, dos de diez conferencias, cada uno sobre los temas *Estudio procesal comparativo de la protección interna de los derechos humanos*, a cargo de Héctor Fix-Zamudio; y *La protección procesal internacional de los derechos humanos*, sustentando por Niceto Alcalá-Zamora y Castillo.²²

f) Coloquio organizado por la Asociación Internacional de Ciencias Jurídicas en la ciudad de Florencia, Italia, sobre un tema que se encuentra en estrecha relación con la protección procesal de los derechos humanos, es decir, *Las garantías constitucionales de las partes en el proceso civil*, y que se efectuó durante los días 5 a 9 de septiembre de 1971.

Los anteriores eventos se pueden señalar en forma especial, por haberse tratado temas estrechamente relacionados con la materia de la presente ponencia general; pero resultaría imposible hacer referencia a un número considerable de reuniones a nivel internacional organizada por las Naciones Unidas, el Consejo de Europa, o por organismos privados como la Comisión Internacional de Juristas, y más recientemente por el Instituto Internacional de los Derechos del Hombre (Fundación René Cassin) con residencia en Estrasburgo, etcétera, reuniones y estudios que se han

400 el tercero, incluyendo informes nacionales sobre Australia y Nueva Zelanda, Bélgica, Dinamarca, República Federal de Alemania, Finlandia, Francia, Grecia, Gran Bretaña, Irlanda, Israel, Italia, Japón, Yugoslavia, Canadá, Kenia, Colombia, Luxemburgo, México, Holanda, Noruega, Austria, Portugal, Rumania, Suecia, Suiza, España, Checoslovaquia, Turquía, Hungría, Estados Unidos de América, así como las Comunidades Europeas y las Organizaciones Internacionales, además de los estudios comparativos y de derecho internacional público.

²⁰ *Judicial protection of the individual against the Executive in Mexico*, en la obra citada en la nota anterior, tomo II, pp. 771-791; estudio ampliado en su versión española, *Protección jurisdiccional del particular frente al ejecutivo en México*, en "Boletín Mexicano de Derecho Comparado", núm. 8, mayo-agosto de 1970, pp. 289-326.

²¹ Cfr. Héctor Fix-Zamudio, *Judicial protection of the individual against the Executive in Mexico*, en la misma obra citada en las dos notas anteriores, tomo II, pp. 713-770.

²² Este volumen se encuentra en prensa bajo la cuidadosa revisión del profesor Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, el cual, además formuló un informe del Seminario mencionado, del cual fue coordinador, según se dijo, informe publicado en el "Boletín Mexicano de Derecho Comparado", núm. 5, mayo-agosto de 1969, pp. 533-537.

multiplicado a partir de 1968, que fue declarado como "Año de los Derechos del Hombre" por la Organización de las Naciones Unidas, como celebración del vigésimo aniversario de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (París, 10 de diciembre de 1948).

Como si esto fuera poco, a partir de 1968 se publica, además del "Anuario de Derechos Humanos" publicado por la Naciones Unidas a partir del año de 1947 en Francia, una revista especializada, que aparece trimestralmente bajo el título: "Les droits de l'homme; human rights. Revue de Droit international et comparé. Journal of International and Comparative Law", que naturalmente incluye también estudios de carácter procesal.

Este gran acervo de estudios sobre los derechos humanos en general, y sobre su aspecto procesal, en particular, ha llevado al tratadista guatemalteco Carlos García Bauer, a estimar que es posible configurar una disciplina jurídica que califica como *Teoría de los derechos humanos*, uno de cuyos aspectos esenciales sería el relativo al derecho procesal o adjetivo de los derechos humanos, contemplado tanto en la esfera interna como en la de carácter internacional.²³

Podríamos seguir acumulando información sobre esta materia, pero tenemos la convicción de que los datos aportados son suficientes para justificar su inclusión en el temario del Quinto Congreso Internacional de Derecho Procesal, pues si bien es indudable el progreso y la tendencia evolutiva del derecho procesal de la libertad, podemos afirmar que se trata de un sector muy joven de la ciencia del proceso y que por ello no debemos disminuir nuestros esfuerzos, sino por el contrario, seguir adelante, con el objeto de lograr el establecimiento y —lo que es más importante— la aplicación de instrumentos eficaces en los ordenamientos que carezcan de ellos, y procurar el perfeccionamiento de los ya existentes.

2. Breve resumen, por orden alfabético de autores, de las ponencias nacionales

Trataremos a continuación de proporcionar una *visión* panorámica de los doce informes nacionales sobre este tema, para procurar la sistematización de las valiosas aportaciones de los distinguidos juristas que los presentaron, y proporcionar, hasta donde ello es posible, las conclusiones esenciales que se desprenden de todos los trabajos.

A. Aguirre Godoy, Mario (Guatemala):
Protección procesal de los derechos humanos

El autor parte de la premisa de que Guatemala tiene organizado, de acuerdo con la Constitución vigente de 15 de septiembre de 1965, un sistema procesal constitucional para la defensa de los derechos humanos

²³ *Teoría de los derechos humanos*, Guatemala, 1971, pp. 25-27.

frente a los actos del poder público y de los particulares, así como el control de la constitucionalidad de las leyes.

En segundo término, el jurista guatemalteco efectúa un análisis minucioso y sistemático de los diversos instrumentos de protección de los derechos fundamentales consagrados en la Constitución en vigor, reglamentados todos ellos por el Decreto número 8 expedido por la Asamblea Constituyente, el 20 de abril de 1966, con el nombre de Ley de Amparo, *Habeas Corpus* y de Constitucionalidad.

Los cuatro instrumentos se examinan en sus antecedentes históricos: objeto, tribunales competentes, iniciación y desarrollo, sentencia y ejecución:

a) *Habeas corpus* para tutelar la libertad y seguridad de las personas, aplicándose a quienes se encuentren ilegalmente presos, detenidos o cohibidos en cualquier otro modo en el goce de la libertad individual.

b) *El proceso de amparo* está estructurado para dar protección contra la violación de los derechos que la Constitución garantiza en relación con los actos de los poderes públicos y aun de los particulares, y además constituye un control contra las leyes que adolecen de vicio de inconstitucionalidad, en casos concretos.

c) *El control de la constitucionalidad de las leyes en casos concretos*, el cual puede hacerse valer en dos vías: una de acción a través de un proceso ordinario y con efectos sólo para las partes que han participado en el mismo; y por vía de excepción según la terminología de la ley, pero en realidad mediante un proceso incidental que debe resolverse separadamente del fondo del asunto principal, sin que este último se suspenda, pudiendo promoverse dicha declaración de inconstitucionalidad en primera o segunda instancia, o en casación.

d) *El llamado recurso de inconstitucionalidad*, que en estricto sentido es también un proceso que se hace valer ante un tribunal especializado introducido como novedad en la Constitución de 1965, con el nombre de Corte de Constitucionalidad, que no tiene carácter permanente sino que se integra cada vez que se impugna la inconstitucionalidad de una ley a instancia del Consejo de Estado, el Colegio de Abogados, el Ministerio Público, o por cualquier persona interesada con el auxilio de diez abogados, en la inteligencia de que la declaración de inconstitucionalidad posee efectos derogatorios, es decir, *erga omnes*.

Una tercera parte del informe está referida a los efectos de la declaración de emergencia y la consiguiente aplicación de la Ley de Orden Público, de acuerdo con las cuales, el *habeas corpus* se limita a que el tribunal constate la existencia de vejámenes o malos tratos; el amparo no puede interponerse contra actos que deriven de la aplicación de la propia Ley de Orden Público hasta que hubiese cesado el estado de emergencia, pero este instrumento subsiste y puede iniciarse para la protección de toda clase de derechos fundamentales que no hubiesen sido restringidos, y, finalmente, puede pedirse la declaración de inconstitucionalidad de una ley,

sea en casos concretos o con efectos generales, ya que tales procesos representan el ejercicio de una acción cuyo planteamiento no puede ser impedido por un estado de emergencia.

B. Almagro Nosete, José (España): *Protección procesal de los derechos humanos en España*

El Estado español no se rige por un Código constitucional sino por varias "leyes fundamentales" expedidas en diversas fechas y en ocasión de coyunturas distintas, debiendo destacarse en cuanto a la consagración de derechos humanos individuales y sociales, a los Fueros de los Españoles, y del Trabajo, que han sido desenvueltos legislativamente con desigual coherencia y vigor.

Aun cuando el vocablo garantía es sumamente equívoco, pues puede aplicarse a ciertas condiciones sociales y políticas y también a medios tutelares concretos de carácter jurisdiccional, por lo que puede hablarse de garantías sociológicas, políticas y las verdaderas garantías jurisdiccionales, sólo con referencia a órganos jurisdiccionales idóneos se puede hablar de protección procesal de los derechos humanos, clasificando el autor estas últimas en tres sectores: la justicia constitucional, la justicia administrativa y la justicia común:

a) *Justicia constitucional*, que comprende en sentido amplio a todos los medios de la defensa constitucional, y en sentido estricto el ejercicio jurisdiccional, y en este último significado se puede mencionar el Tribunal de Garantías Constitucionales establecido por la Carta Fundamental de 1931; pero en la actualidad sólo existe un instrumento político de control constitucional creado por la Ley Orgánica del Estado de 10 de enero de 1967 y desarrollado por la Ley de 5 de abril de 1968, con el nombre de "recurso de contrafuero", el cual sólo puede ser promovido por órganos públicos y resuelto en definitiva por el jefe del Estado, como un control de la constitucionalidad de las leyes con efectos generales.

Para subsanar las graves deficiencias e inconvenientes de este sistema, el profesor Almagro propone que se establezca al lado del contrafuero, un *Tribunal de Amparo de los Derechos Fundamentales*.

b) *Justicia administrativa*, regulada por la Ley de 27 de diciembre de 1956 que logró la consagración plena de la tesis jurisdiccionalista, matizada por la especialización funcional, y que dentro de los límites en que los derechos fundamentales aparecen reconocidos por las leyes, protege contra los actos de la administración que incurran en cualquier forma de infracción del ordenamiento, inclusive la desviación de poder.

c) *La jurisdicción ordinaria civil, del trabajo y penal* configura una protección refleja o indirecta, siendo más evidente en la última, ya que la defensa de las leyes constitucionales y de los derechos fundamentales se logra también mediante la tipificación, enjuiciamiento y condena de determinadas conductas delictivas.

La segunda parte de este informe, que puede considerarse prácticamente exhaustivo, se refiere a las garantías y medios procesales comunes y específicos, acogiendo la división señalada por un sector de la doctrina entre medios tutelares de los derechos humanos que *directamente* están instituidos para lograr esa defensa y medios no configurados específicamente a este fin; aun cuando de manera *indirecta* cumplan o sirvan al mismo propósito.

En esta dirección, el procesalista español considera que la protección de los derechos humanos se desarrolla en dos vertientes:

a) *La del método procesal* considerado en sí mismo como instrumento adecuado y garantizado para proteger los derechos humanos en cuanto éstos abarcan, especialmente, en lo que se refiere al proceso penal, garantías judiciales y procesales, que deben respetarse en la dinámica del proceso.

b) *La del proceso cuyo objeto verse total o parcialmente sobre la tutela de un derecho fundamental*, tomando en cuenta que los derechos fundamentales suelen estar reconocidos en la Constitución y desarrollados en las leyes ordinarias, por lo que la protección adecuada de los mismos en la vía judicial ha de comprender la defensa de la constitucionalidad frente a los actos ilegales. Y, sobre todo, jurisdiccionalizarse la defensa de la Constitución, considerando que son medios ordinarios los que protegen contra la ilegalidad y medios específicos los que tutelan frente a la inconstitucionalidad.

Como en España no existe un control judicial de la constitucionalidad de las leyes, ni a través de una jurisdicción concentrada ni por medio de una jurisdicción difusa, ya sea por vía de acción o de excepción, el autor realiza un examen muy minucioso de las garantías en el proceso penal ordinario, confrontándolas con las disposiciones de las convenciones internacionales, y que están acogidas esencialmente en la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 4 de septiembre de 1882, la cual tiene grandes aciertos y sólo requiere perfeccionarse, particularmente con el establecimiento del recurso o proceso de *habeas corpus*, como lo ha solicitado un sector considerable de la doctrina.

El profesor Almagro efectúa una crítica muy certera de las limitaciones que para el acusado se descubren en el proceso penal ante el Tribunal de Orden Público, y con mayor razón tratándose de civiles que son enjuiciados por los tribunales militares.

También se examinan las garantías del particular en el proceso calificado como contencioso-administrativo, que en general se considera satisfactorio, ya que la regulación procesal en sí responde a líneas de eficacia sin merma de garantías, tomando en cuenta que los inconvenientes provienen de la vía previa administrativa, que debe perfeccionarse.

La tercera y última parte de este informe se refiere al examen de la protección procesal de ciertos derechos fundamentales, tales como los relativos a la libertad física; libertad de expresión; libertad y secreto de correspondencia; libertad de residencia; inviolabilidad de domicilio; derechos

de reunión y de asociación (especialmente de asociaciones políticas y sindicales); efectuando el autor una crítica muy aguda de los aciertos y deficiencias de la legislación en esta materia.

C. Arlas, José A. (Uruguay): *Protección procesal de los derechos humanos*

El procesalista uruguayo analiza los distintos supuestos, en los cuales el proceso configura una *garantía específica* de los derechos humanos consagrados constitucionalmente, prescindiendo de la circunstancia esencial de que el proceso es, por el mero hecho de su existencia, una garantía de todos los derechos.

Desde este punto de vista, el profesor Arlas distingue en relación con el proceso constitucional, las siguientes categorías, que son similares a las del proceso ordinario: contencioso o voluntario, principal o accesorio, preventivo o represivo, declarativo, constitutivo o de condena, y, finalmente, civil, penal, contencioso-administrativo y constitucional.

Tomando en cuenta al sujeto u órgano del que emana la lesión o la amenaza de producirla, sobre los derechos humanos, se puede distinguir si la agresión proviene de un particular o del Estado; si la violación la comete el poder legislativo, el poder administrador o el poder judicial.

El procesalista uruguayo concentra su atención en esta segunda clasificación, y considera como categorías de análisis:

a) *Proceso que protege contra la agresión de los particulares*, que se estima como la forma más frecuente de violación de los derechos humanos y admite las modalidades más ricas y variadas con distintos niveles de gravedad, en la inteligencia de que las formas más violentas se han regido como figuras delictivas.

b) *Proceso que protege contra la agresión del poder legislativo*, respecto de la cual existe una tutela específica, es decir, el *proceso por inconstitucionalidad de las leyes*, que a su vez puede asumir las siguientes modalidades en el derecho uruguayo:

a' *Proceso principal por inconstitucionalidad de una ley* que puede considerarse como vía directa o principal, y que de acuerdo con la Ley 13747, se distingue si es enderezado contra persona determinada, como un auténtico proceso constitucional con la estructura típica del proceso contencioso, cuya decisión sólo posee efectos para el caso concreto; y el que se dirige contra persona indeterminada, que el autor estima como proceso voluntario, por faltar la contienda o litigio, con efectos generales, pero sin autoridad de cosa juzgada.

b' *El proceso incidental por inconstitucionalidad de una ley*, el que puede plantearse por las partes en un proceso determinado o bien de oficio por el juzgador hasta antes de la citación de la sentencia, dando lugar a que se le califique como cuestión prejudicial, la que se traduce en la suspensión del proceso principal hasta que se resuelva por la Suprema Corte

con alcance limitado para el caso concreto, y sólo cuando la propia Corte considera oficiosamente la cuestión de inconstitucionalidad, ésta no asume carácter incidental sino que se resuelve en la sentencia definitiva.

c) *Proceso que protege contra la agresión del poder judicial*, que se presenta cuando los jueces violan los derechos humanos incurriendo en la figura de la "responsabilidad judicial", como aspecto específico de la responsabilidad por el desempeño de la función pública, y para hacerla efectiva debe promoverse una cuestión previa denominada "antejuicio de responsabilidad", para después acudir al juicio propiamente dicho, que es eminentemente represivo, ya que se reduce a imponer al juez las sanciones de orden penal, administrativo o civil que haya merecido por su actitud antijurídica.

d) *Proceso que protege contra la agresión del poder administrador*, que es el que se presenta con más frecuencia, y que se desarrolla en el derecho uruguayo a través de dos modalidades distintas, y cabe la duda de si es admisible una tercera forma de protección procesal:

a' *El llamado recurso de "habeas corpus"*, que se estructura de acuerdo con el modelo angloamericano para proteger el derecho de la libertad física en contra de una prisión indebida, afirmando el profesor Arlas que este proceso procede también tratándose del régimen excepcional conocido como "medios de pronta seguridad", en el cual se puede presentar la prisión indebida y lo mismo ocurre en los casos en que se declara la llamada suspensión de la seguridad individual.

b' *El juicio o proceso de amparo*, de origen mexicano y que no ha sido regulado en forma explícita en el derecho uruguayo, sin que tampoco se hubiese acogido por la jurisprudencia; pero el autor considera de acuerdo con la opinión, que comparte, de distinguidos juristas de su país, que debe admitirse este instrumento para la protección de todos los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente, con excepción de la libertad personal, ya tutelada por el *habeas corpus*.

c' *El proceso de anulación ante el Tribunal de lo Contencioso-Administrativo*, el cual no está destinado exclusivamente a la protección de los derechos humanos, pero llenará esa finalidad siempre que el acto definitivo del órgano administrador lesione un derecho humano al violar una regla de derecho o con desviación del poder.

Concluye el profesor Arlas en el sentido de que, en general, es satisfactorio el sistema uruguayo de protección procesal de los derechos humanos; pero que para perfeccionarlo se advierte la necesidad de la adopción del amparo.

D. Conso, Giovanni (Italia): *La protezione processuale dei diritti umani in Italia*

El tratadista italiano considera que existe una falta de aplicación de la Declaración Universal y de la Convención Europea, de los Derechos del

Hombre, ya que la Comisión Europea, creada por esta última, ha conocido cerca de un millar de casos; pero la mayoría de los mismos, salvo muy pocos, o se han desechado por inadmisibles o se han desestimado en cuanto al fondo, lo que puede considerarse como un resultado desilusionante.

El autor afirma que puede darse a esta situación dos tipos de interpretaciones: *una optimista*, en el sentido de que la Comisión Europea no ha querido desalentar a los países —entre ellos Italia— que no han ratificado su competencia; y otra *pesimista*, que al parecer es la que más se aproxima a la realidad, de acuerdo con la cual, los Estados signatarios de la Convención de Roma sólo formalmente han declarado que están dispuestos a patrocinar y aceptar los derechos del hombre; pero en la práctica se cubren unos a otros, como lo demuestra la aplicación del artículo 57 de dicha Convención Europea, ya que las respuestas que se dieron al secretario del Consejo de Europa sobre el respeto de los derechos humanos —con excepción de los informes presentados por Inglaterra y Alemania— se limitaron a contestar en forma sucinta y superficial, que su ordenamiento legislativo cumplía con las exigencias de la propia convención, sin hacer mención a la jurisprudencia y la conducta de los órganos administrativos.

Así ocurrió con la respuesta del gobierno italiano, por lo que el profesor Conso realiza un estudio minucioso para determinar *la situación de la legislación y la jurisprudencia italianas en relación con la mencionada Convención Europea*, tomando en consideración que Italia, junto con Grecia y Chipre no han ratificado los artículos 26 (recurso individual) y 46 (competencia de la Corte Europea de los Derechos Humanos), y además que la opinión pública, aun la calificada, ignora los problemas relativos a la conformidad de la legislación y su interpretación, con la misma Convención.

En la propia Italia, no obstante que la Convención Europea se encuentra en vigor a partir del año de 1955, son muy escasos los asuntos en los cuales los tribunales han invocado la violación de los derechos consignados en la misma; pero además debe hacerse una cuidadosa revisión de la justicia penal para adecuarla a la misma Convención, e inclusive al Pacto de las Naciones Unidas sobre derechos civiles y políticos, que debe entrar en vigor próximamente.

En seguida, el profesor italiano examina en forma cuidadosa *el estado actual de la propia justicia penal italiana en relación con la tutela de los derechos del hombre*, llegando a la conclusión de que si bien varios de los preceptos de la Constitución de 1948 se encuentran conformes e inclusive, en ocasiones, superan la consagración de los derechos humanos reconocidos en las citadas Convenciones internacionales, no ocurre lo mismo con los preceptos secundarios, especialmente con algunos de los Códigos, Penal, Penal Militar y Procesal Penal, respecto de los cuales existen varios proyectos en estudio que tratan de superar esta falta de adecuación y, en ese sentido, el examen del autor se detiene en los aspectos

relativos a la tortura, penas o tratamientos inhumanos y degradantes; las garantías de la libertad personal y del acusado en el proceso penal; principio de legalidad y de retroactividad favorable del delito y de la pena; y del respeto a la vida privada, familiar, del domicilio y de la correspondencia.

Termina el autor adhiriéndose a la petición formulada por el Comité Italiano para los Derechos del Hombre, con motivo del vigésimo aniversario de la Declaración Universal, a fin de que el gobierno de su país ratifique los preceptos relativos a la competencia de la Comisión y de la Corte Europea de los Derechos Humanos, particularmente en cuanto al reconocimiento de peticiones individuales.

E. Georgopoulos, Constantin L. (Grecia): *La protection juridictionnelle des droits de l'homme en Grèce*

El autor afirma que desde hace un siglo los jueces han sido considerados en su país como los guardianes naturales de los derechos del hombre, citando los antecedentes constitucionales en los cuales se establecen los instrumentos procesales que permiten a los particulares acudir ante los tribunales para la defensa de sus derechos fundamentales, los que han sido reconocidos, en forma progresiva, por las leyes supremas de 1844, 1864, 1927 y 1952.

Por lo que se refiere a la situación actual, es decir, la que se ha establecido bajo el imperio de la vigente Constitución de 29 de septiembre de 1968, el tratadista griego afirma que se ha acentuado la *independencia judicial* al regularse la carrera judicial y evitarse interferencias legislativas en el funcionamiento de los tribunales, independencia que se extiende también a los jueces administrativos del Consejo de Estado.

Por otra parte, se examinan dos instrumentos esenciales de carácter procesal para la tutela de los derechos humanos:

a) *La revisión judicial* consagrada en el artículo 118 de la Carta Suprema, que confiere a los tribunales no sólo el derecho sino también la facultad de desaplicar las leyes, decretos-leyes o reglamentos contrarios a la Constitución, confirmando una costumbre constitucional anterior, respecto de la cual el profesor Georgopoulos sostiene que no es letra muerta, ya que previamente o después de la vigencia de la Constitución actual, los tribunales han desaplicado, inclusive de oficio y en numerosas ocasiones, disposiciones legislativas que se consideraron contrarias a la Ley Fundamental.

b) *El Tribunal Constitucional*, que constituye una novedad en la Carta Suprema de 1968, y ante el cual pueden acudir el Ministro de Justicia o los afectados por las decisiones del Consejo de Estado, el Tribunal Supremo o el Tribunal de Cuentas, cuando estimen que son contrarias a la Constitución; pero además, este Tribunal puede declarar, con efectos generales, la inconstitucionalidad de las leyes o disposiciones generales que contradigan a la Carta Fundamental, y en este sentido puede funcionar como

instrumento protector de los derechos humanos cuando los mismos han sido violados por algunos de esos ordenamientos.

En segundo lugar, el autor examina con detalle la protección judicial de algunos de los derechos fundamentales que se consideran más importantes, entre ellos el de la libertad personal tutelada por el *habeas corpus*, que se introdujo desde 1864; pero además, se consideran protegidos judicialmente: la libertad de prensa, la inviolabilidad de la correspondencia, el derecho de asociación, el derecho de propiedad y la igualdad ante la ley.

Finalmente, el profesor Georgopoulos analiza la institución relativa a la privación de los derechos individuales, introducida en la vigente Carta de 1968, tomando como modelo la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania; privación que puede solicitarse ante el Tribunal Constitucional, en los términos del Decreto-Ley número 803 de primero de enero de 1971, únicamente por la Cámara de Diputados, el Ministro de Justicia o el Procurador de la Corte de Casación, en el plazo de un año y en contra de las personas que abusen de determinados derechos fundamentales, especialmente: los relativos a la inviolabilidad del domicilio, de la libertad de expresión, del secreto de la correspondencia, de la libertad de reunión o asociación o del derecho de propiedad.

F. Gómez Lara, Cipriano (México): *La protección de los derechos humanos en México*

Estima el profesor mexicano que sólo en el Estado de Derecho puede hablarse de derechos del hombre, ya que sólo en éste dichos derechos se reconocen y respetan tanto en su dimensión individual como social, haciendo a continuación una enumeración ideal de los derechos fundamentales de la persona humana y un examen minucioso de los derechos individuales y de contenido social que se consagran en la Constitución mexicana.

En seguida, el procesalista mexicano examina las *vías no procesales de la protección de los derechos humanos* afirmando que como tales deben considerarse las actividades gubernamentales o de las organizaciones internacionales que tienen como finalidad primordial la de desempeñar tareas y cometidos en beneficio del hombre, señalando especialmente la extensa gama de recursos, quejas y los que llama reacertamientos, de carácter administrativo, que las autoridades tramitan y resuelven frente a particulares inconformes, en una relación que es puramente lineal frente al órgano del gobierno, y que puede considerarse como el umbral del proceso.

En cuanto a la *protección de los derechos humanos por vías procesales*, el autor afirma que el proceso es siempre o tiende a ser un medio de protección de los derechos del hombre y de los derechos de la sociedad.

Enfoca estas vías, con criterio sistemático, en tres categorías:

a) Los procesos comunes ordinarios, como medios protectores de los derechos humanos.

b) Las garantías procesales, o sean los requisitos y formalidades del correcto y legal enjuiciamiento.

c) Los procesos creados especialmente como instrumentos de protección de los derechos y garantías del hombre, frente a los actos de autoridad del Estado.

Después de un breve análisis de los dos primeros aspectos, el profesor Gómez Lara centra su atención, como el aspecto esencial de su informe, en los procesos específicos entre los cuales considera los siguientes:

a' *El juicio de amparo*, que es sin duda el de mayor trascendencia en el ordenamiento mexicano, para cuyo examen aborda el autor el doble orden de autoridades judiciales del régimen federal, señalando gráficamente la doble competencia, ordinaria y constitucional, que corresponde a los tribunales federales, cuya estructura y funciones describe de manera precisa.

Siendo el amparo un instrumento procesal muy complejo, que prácticamente sirve como medio protector de todo el ordenamiento jurídico mexicano, el autor lo clasifica, para fines de estudio, en tres sectores:

a'' El amparo directo o uniinstancial, contra sentencias definitivas de los tribunales judiciales, administrativos y del trabajo, y que tiene muchos puntos de semejanza con el recurso de casación.

b'' El amparo indirecto o biinstancial, contra actos de cualquier autoridad, comprendiendo en este aspecto la impugnación tanto de los actos ilegales, como aquellos que infrinjan directamente las normas constitucionales, entre ellas, por supuesto, las que consigan los derechos fundamentales del hombre.

c'' El amparo indirecto o biinstancial contra leyes, que se traducen en el control de la constitucionalidad de los ordenamientos legislativos, pero siempre con efectos para cada caso concreto.

El profesor Gómez Lara afirma que el juicio de amparo mexicano posee una larga y centenaria tradición, por lo que, en términos generales, es un medio eficaz para la protección de los derechos y garantías individuales, lo que no significa que carezca de defectos, por lo que invocando la autoridad del profesor Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, señala las modificaciones que deben realizarse para el perfeccionamiento de la institución.

b' *El juicio ante el Tribunal Fiscal de la Federación*, el cual fue introducido, tomando en cuenta hasta cierto punto el modelo del Consejo de Estado francés, en la Ley de Justicia Fiscal de 1936, y actualmente regulado por el Código Fiscal y la Ley Orgánica de dicho Tribunal, que entraron en vigor el primero de abril de 1967; y cuya competencia ha ido creciendo para comprender la impugnación de los actos y resoluciones no sólo de las autoridades estrictamente tributarias de la Federación y del Distrito Federal, sino también los de otras autoridades administrativas de la Federación, por lo que está destinado a convertirse en un verdadero tribunal administrativo.

c' *Tribunal de lo Contencioso-Administrativo del Distrito Federal*, de creación muy reciente, ya que su Ley Orgánica se publicó el 17 de marzo de 1971 y entró en funciones cuatro meses después, por lo que todavía no existe un análisis doctrinal y sistemático; pero del examen del texto legislativo podemos descubrir que se trata de un órgano judicial autónomo, situado, como el Tribunal Fiscal Federal, que se tomó como modelo, dentro de la esfera formal de la administración, y cuya competencia se extiende al conocimiento de todos los actos y resoluciones, con excepción de los tributarios, de las autoridades administrativas del Distrito Federal, pudiendo decirse que el procedimiento es realmente breve y sencillo, de carácter flexible y con la posibilidad del juzgador para subsanar de oficio los errores en que hubiese incurrido el particular demandante, con lo que se puede procurar una protección rápida y eficaz a los afectados por dichos actos de autoridad.

G. Jauernig, Othmar (República Federal de Alemania): *Der gerichtliche Rechtsschutz der Menschenrechte in der Bundesrepublik Deutschland*

La Ley Fundamental de la República Federal, de 23 de mayo de 1949, considera la dignidad del hombre como el valor más alto del orden jurídico, de manera que la vigilancia y la protección de esa dignidad constituyen el fundamento mismo del Estado.

Por otra parte, si bien los derechos calificados como fundamentales (*Grundrechte*), o sea los derechos del hombre consagrados en el primer título de la Constitución Federal —y también aquellos que se equiparan a los primeros— pueden ser limitados por o con apoyo en una ley ordinaria, debiendo considerarse inviolables e inalienables en su contenido; son *derechos aplicables en forma directa* para los órganos del poder público y respecto de los particulares y, además, quedan excluidos de toda reforma constitucional.

Dentro de la misma esfera de los derechos fundamentales deben comprenderse los consignados en la Convención Europea de 1950 y su Protocolo adicional de agosto de 1952, pues ambas convenciones fueron ratificadas por el Parlamento, si bien su jerarquía ha sido objeto de controversia, llegándose a la conclusión de que sólo tienen el carácter de ordenamiento federal; en tanto que la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, de 1948, no posee efecto directo en la República Federal; pero la mayoría de sus principios generales han sido incorporados en las bases del derecho de la misma República.

Por lo que se refiere a la tutela jurisdiccional de los citados derechos fundamentales, el profesor de la Universidad de Heidelberg afirma que no existe una institución específica para lograr dicha protección en sus aspectos generales, pero en cambio se configura una garantía jurisdiccional genérica respecto de todo aquel que sea lesionado en su esfera jurídica por el poder público, en los términos del artículo 19, párrafo 4º, de la Constitución Federal.

a) De acuerdo con este principio general de garantía jurisdiccional, toda violación de los derechos de los particulares, efectuadas por las autoridades públicas, puede impugnarse ante los tribunales, entre los cuales figura, en primer término, el Tribunal Constitucional Federal; los tribunales constitucionales de las provincias (*Länder*); los tribunales administrativos, los cuales se subdividen en ordinarios y especializados, y entre estos últimos se encuentran los financieros y los sociales; y finalmente y en menor escala, intervienen en la protección de los derechos de los gobernados frente al poder público, los tribunales ordinarios civiles y penales, que conocen de las violaciones respectivas de acuerdo con reglas específicas de competencia, y en términos generales, cuando estas violaciones provienen de las relaciones entre particulares.

b) Además de la protección general respecto de todos los derechos de los particulares, constitucionales u ordinarios, existe un instrumento específico y particular para la tutela exclusiva de los derechos fundamentales y de aquellos que se consideran equiparados a éstos, el cual se ha traducido como *recurso constitucional* (*Verfassungsbeschwerde*), debiendo tomarse en consideración que a través de este instrumento no sólo se tutelan los derechos del hombre consagrados específicamente, ya que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal ha ampliado el concepto de los propios derechos fundamentales.

El profesor Jauernig realiza un examen minucioso del recurso constitucional, que tuvo su origen en la Ley Orgánica del citado Tribunal Federal Constitucional de 1951, y elevado al rango constitucional en la reforma a la Ley Suprema de 29 de enero de 1969.

El recurso constitucional posee *carácter subsidiario*, o sea que previamente deben agotarse los medios de defensa o de impugnación ordinarios, a no ser que el mismo Tribunal Constitucional Federal lo admita directamente cuando considere que tiene trascendencia general o cuando el recurrente pudiera sufrir un perjuicio grave irreparable si acude previamente a los recursos ordinarios.

Debido al número excesivo de recursos constitucionales, que amenazaba a paralizar la actividad de las dos salas del propio Tribunal Constitucional, se reformó su Ley Orgánica en tres ocasiones, es decir, en 1956, 1963 y 1970, para regular un procedimiento previo de admisión ante comisiones de tres magistrados designados anualmente por las salas, con facultades para desechar dichos recursos cuando consideren que no cumplen con los requisitos de procedencia fijados por la misma ley, aun cuando la doctrina ha preconizado que sería preferible un procedimiento discrecional similar al *writ of certiorari* ante la Corte Suprema Federal de los Estados Unidos.

c) Además del recurso constitucional, existe otro instrumento que si bien no constituye una forma específica de protección de los derechos del hombre, ya que puede apoyarse en razones diversas, puede funcionar como tal cuando se controvierte la violación de tales derechos, es decir,

el control de la constitucionalidad de las leyes (*Normenkontrolle*), el cual asume, a su vez, dos modalidades:

a' Un control concreto, que a su vez puede ser difuso, es decir, realizado por todos los tribunales tratándose de disposiciones generales que no tienen el carácter de leyes ordinarias (reglamentos y decretos) o bien cuando se refiere a leyes expedidas con anterioridad a la vigencia de la Ley Fundamental de 1949; pero también concentrado, en relación con los ordenamientos legislativos posteriores a la citada Constitución Federal, pues en este último supuesto, el juez ordinario debe suspender el procedimiento y elevar los autos al Tribunal Constitucional Federal —o al Tribunal Constitucional Local, según sea el caso— para que decida exclusivamente sobre la cuestión de inconstitucionalidad con efectos generales, es decir, *erga omnes*.

b' Un control abstracto que pueden solicitar, por vía directa ante el referido Tribunal Constitucional Federal, el Gobierno Federal, el gobierno de una provincia, un tercio de los miembros de la Asamblea Federal (*Bundestag*), cuando se discuta la constitucionalidad de una ley federal o local, o bien cuando se discuta la contradicción entre un ordenamiento provincial y otro de carácter federal, y en caso de estimarse fundada la reclamación, la declaración de inconstitucional asume también efectos generales.

Aun cuando, según el principio general, los efectos generales de la inconstitucionalidad deben ser *ex tunc*, el Tribunal Constitucional Federal ha encontrado siempre la forma de evitar los efectos inadmisibles de una nulidad retroactiva, en casos particularmente críticos.

H. Jolowicz, J. A. (Inglaterra): *Procedural protection of human rights: England*

El autor hace notar que en Inglaterra impera el principio de la supremacía del Parlamento, de manera que no existe una declaración de derechos de rango superior a la legislación ordinaria, y por otra parte, el Reino Unido, del cual forma parte la misma Inglaterra, ha suscrito la Declaración Universal y la Convención Europea, de los Derechos del Hombre, aceptando, además, la competencia de la Comisión y de la Corte Europea para conocer peticiones individuales; pero tales convenciones no forman parte del derecho nacional, contrariamente a lo que ocurre con otros países del Consejo de Europa, pues para ello sería necesario una ley del Parlamento que lo autorice, lo que no ha ocurrido hasta la fecha, por lo que *los particulares no pueden invocar ante un tribunal inglés los derechos que les otorgan dichas convenciones*.

En seguida, el profesor de la Universidad de Cambridge analiza algunos de los derechos fundamentales que poseen protección procesal específica:

a) *La libertad personal*, que está tutelada jurídicamente a través de tres procedimientos esenciales: el *writ of habeas corpus*; la acción de responsabilidad (*tort*) por detención indebida, y la libertad caucional.

a' El *writ of habeas corpus* fue conocido en épocas remotas en una variedad de formas; pero el principal desarrollo como medio de protección del gobernado, en contra de la privación ilegal de la libertad, se manifestó durante las luchas constitucionales entre el Parlamento y la Corona, durante el siglo xvii.

De acuerdo con la legislación actual, dicho instrumento procesal protege no sólo contra detenciones provenientes de la autoridad, sino también respecto de actos de particulares, como los relativos a la custodia de menores o del internamiento en casas de salud, se caracteriza por su rapidez y eficacia; pues si bien en casos normales implica un procedimiento contradictorio que se dirige al custodio del detenido, el cual tiene la carga de la prueba de que se han cumplido los requisitos legales de la privación de la libertad, puede decretarse un mandamiento de libertad inclusive con la sola presentación de la solicitud del afectado o de sus familiares, la cual debe tramitarse inmediatamente, y si ningún tribunal se encuentra sesionando, la petición puede hacerse en el domicilio privado del juez.

b' *Responsabilidad por detención indebida*, la que constituye un remedio civil que cae dentro de la esfera del derecho privado inglés, no obstante lo cual ha operado como un motivo esencial en el desarrollo de la ley sustantiva que se refiere a la libertad del gobernado, ya que en un gran porcentaje de los casos el demandado ha sido un funcionario policiaco o gubernamental, insistiendo el profesor Jolowicz en el sentido de que *no existe una consagración legislativa del derecho de libertad*, y que la acción por responsabilidad de que se trata no es especial sino que es similar a cualquier otra acción ordinaria.

c' *Libertad bajo caución*, que surgió para conciliar la necesidad de que los procesados criminalmente no se sustraigan a la acción de la justicia, con el principio de que el acusado debe considerarse inocente hasta que no se demuestre su culpabilidad, y que de acuerdo con la legislación actual se traduce en un beneficio bastante generoso, ya que por una parte, para los delitos menores no existe detención preventiva sino citación ante el tribunal; pero en los casos de mayor gravedad, el detenido tiene derechos a que inmediatamente se resuelva por el juzgador sobre su libertad caucional, e inclusive en algunos casos, cuando se trata de personas que son privadas de la libertad sin mandato judicial —lo que la ley autoriza en determinados casos— y no es posible su consignación ante el juez dentro de veinticuatro horas el encargado de la estación de policía puede ponerlo en libertad, fijando una fianza “razonable” y citándolo ante el tribunal respectivo.

b) *Libertad contra la discriminación*, no existe un texto constitucional prohibiendo la discriminación, pero hace muchos años se abolieron las

leyes que establecían principios discriminatorios por raza, credo, color o religión; en 1947 se suprimió la inmunidad de la Corona —continúa la del monarca— para ser demandada por daños y perjuicios, y en 1954 ciertos privilegios judiciales de los funcionarios, de manera que en la actualidad, *los organismos oficiales y los funcionarios están sujetos al derecho ordinario*.

Sin embargo, se ha legislado últimamente sobre relaciones raciales, especialmente en la Ley de 1965, reformada en 1968, que además de declarar ilegales varias formas de discriminación en lugares con acceso al público, empleos, habitaciones e incluso anuncios, introdujo un procedimiento específico, administrativo y judicial, para combatir las prácticas discriminatorias.

En efecto, se estableció una Oficina de Relaciones Raciales (*Race Relations Board*) de carácter oficial, y además comités locales de conciliación, organismos que procuran arreglar amistosamente las quejas contra prácticas discriminatorias; pero si ello no es posible, la citada Oficina, pero no el afectado, puede acudir ante los tribunales para ejercer acciones de derecho privado, la *injunction* para obtener un mandato exigiendo al demandado que se abstenga, o impida que otros realicen, una conducta que se estima discriminatoria, o bien el pago de daños y perjuicios, o ambos.

c) *Revisión judicial de las resoluciones de tribunales o autoridades administrativos*. En época reciente se ha llegado a la conclusión de que los instrumentos procesales tradicionales no son adecuados para tutelar a los particulares contra actos o resoluciones administrativos, particularmente cuando asumen carácter discrecional, y por ello en la Ley de Tribunales Administrativos de 1971 (*Tribunals and Enquiries Act, 1971*), el Parlamento ha establecido que se puede apelar ante la Corte Superior (*High Court*) contra las decisiones de varios tribunales administrativos establecidos por la ley.

Además, pueden mencionarse otros dos tipos de procedimientos que no obstante ser de carácter privado y tradicional, se utilizan con frecuencia en esta materia:

a) *Prerogative orders*, que a partir de 1938 sustituyeron los antiguos *writs* de los mismos nombres, y que son tres: *certiorari*, *prohibition* y *mandamus*. El primero implica elevar la causa ante la Corte Superior (*High Court*) para su revisión, si dicho tribunal lo estima conveniente; el mandato prohibitorio implica la prevención al juez inferior o a otro organismo oficial para que no actúe o deje de actuar en exceso de su competencia o ilegalmente de otra manera; y a través del *mandamus* se ordena el cumplimiento de una obligación legal.

b) *Declaration e injunction*. El primero equivale a lo que en el derecho continental se conoce como acción o juicio declarativo, y su función esencial ha desembocado en la declaración de nulidad de las decisiones de organismos administrativos que afecten derechos individuales; y el segun-

do se traduce en la posibilidad de obtener un mandato judicial para evitar que las autoridades administrativas realicen un acto ilícito, por lo que eventualmente puede ser útil como instrumento contra la violación de los derechos de los particulares.

Concluye al autor su trabajo en el sentido de que, fuera de aspectos muy limitados, no existen en el derecho inglés procedimientos especiales para tutelar los derechos de los particulares, ya que no obstante la gran masa de legislación existente, la protección del individuo depende todavía de manera esencial del *common law*, tal como ha sido desarrollado por los tribunales en el curso de procedimientos ordinarios.

El estudio del profesor Jolowicz incluye un interesante apéndice en el cual analiza la situación jurídica que prevalece en la región autónoma de Irlanda del Norte, particularmente, por lo que se refiere a la actual situación de emergencia y el funcionamiento de los instrumentos procesales respecto de las medidas de seguridad contra la libertad de las personas.

I. Manrique Soto, Ana C. y Cabrera Anaya, Mirtiliano (Venezuela):
Protección procesal de los derechos humanos

Después de una amplia introducción sobre el desarrollo de los derechos humanos en el derecho comparado y en las convenciones internacionales, los autores señalan minuciosamente el reconocimiento de los mismos derechos a través de las distintas y numerosas constituciones de Venezuela, a partir de 1811 hasta la vigente, de 23 de enero de 1961.

A continuación, los profesores de la Universidad de Carabobo estiman que es necesario distinguir entre los derechos fundamentales y las garantías de esos derechos, que vienen a ser los medios o instrumentos procesales a través de los cuales es posible su eficacia y protección, tanto en la esfera individual como social.

La citada protección procesal de los derechos humanos tiene que fundamentarse, en opinión de los autores, en principios más enérgicos que los que conforman a configuran la tutela de los derechos ordinarios, aun cuando no debe olvidarse que la jurisdicción ordinaria tiene diversas formas o maneras para tutelar los derechos del hombre, ya que el proceso civil, al igual que todo proceso, constituye uno de los medios de satisfacer el derecho fundamental consagrado en la Constitución para solicitar justicia, lo que no viene a ser otra cosa que el derecho de acción como manifestación del derecho constitucional de petición.

Afirman los juristas venezolanos que, en su concepto, son cuatro los instrumentos procesales específicos para la tutela de los derechos humanos, a saber: el juicio de responsabilidad de los funcionarios; el *habeas corpus*; el juicio de amparo y la acción o recurso de inconstitucionalidad, siendo los tres últimos integrantes de lo que el tratadista italiano Mauro Cap-

pelletti ha calificado con acierto como *Jurisdicción constitucional de la libertad*.

a) En relación con el *habeas corpus* los autores señalan previamente los requisitos que el Código de Enjuiciamiento Criminal exige para la detención preventiva, tanto judicial como administrativa, y después de hacer referencia a la introducción del *habeas corpus*, en la Carta Constitucional de 1947 que lo reguló provisionalmente en la disposición transitoria decimaquinta, analizan con mayor detalle la institución tal y como está regulada por la Ley Fundamental vigente de 1961, que lo consagra, en forma genérica, en su artículo 49, pero establece sus bases esenciales en la disposición transitoria quinta, que tiene aplicación en tanto se dicte la ley reglamentaria, que todavía no se expide.

b) El *amparo* como instrumento para la tutela de los restantes derechos fundamentales no protegidos por el *habeas corpus*, está regulado exclusivamente por el citado artículo 49 constitucional, pero se discute su aplicación debido a la ausencia de bases constitucionales como el *habeas corpus*, y de la ley reglamentaria respectiva, aun cuando algunos tribunales la han admitido como institución jurisprudencial.

c) *Acción o recurso de inconstitucionalidad*, que en Venezuela asume dos modalidades:

a' *La acción popular de inconstitucionalidad* que puede hacerse valer contra cualquier ley federal o local y demás actos de los cuerpos legislativos que se consideren contrarios a la Constitución Federal, ante la Corte Suprema de Justicia, la cual puede declarar dicha inconstitucionalidad con efectos generales, es decir *erga omnes*.

b' Por vía de *excepción*, según el artículo 7º del Código de Procedimiento Civil, de acuerdo con el cual, las partes en un proceso concreto pueden plantear la inconstitucionalidad de la ley aplicable al caso, y si dicha cuestión se considera fundada, o el juez así lo estima de oficio, la decisión respectiva se traduce en la desaplicación de las disposiciones legislativas, en ese caso particular.

d) También los *recursos internos* o *el proceso administrativo* pueden utilizarse eventualmente para proteger a los particulares frente a una administración que interviene cada vez con mayor fuerza en las relaciones económicas y sociales de los gobernados, aun cuando el llamado contencioso-administrativo se estructura como control de legalidad y no de constitucionalidad.

Concluyen los autores en el sentido de que si bien tanto en Venezuela como en toda la América Latina existen instrumentos para la tutela y la defensa de los derechos humanos, las frecuentes convulsiones sociopolíticas, las situaciones de anormalidad o de emergencia, así como los regímenes autoritarios, impiden la realización efectiva de tales instrumentos, citando casos concretos de violaciones de los derechos humanos, especialmente por lo que se refiere a la libertad personal.

J. Moraes e Barros, Hamilton de (Brasil): *A proteção jurisdiccional dos direitos humanos no direito positivo brasileiro*

El autor, después de una breve referencia a la consagración de los derechos humanos, a partir de la Constitución de 1824, y que se fueron ampliando progresivamente en las cartas de 1891, 1934, 1837, 1946, 1967, y en la reforma de esta última, expedida en 1969, destaca la regla constante establecida por estas Leyes Fundamentales, inspirada en la Enmienda IX de la Constitución Federal de los Estados Unidos, en el sentido de que la enumeración de los derechos y garantías en la misma Ley Suprema, no excluye otros derechos y garantías derivados del régimen y de los principios que ella adopta.

Considera el profesor brasileño que nada valdría una declaración de derechos del hombre, por amplia y generosa que fuese, si no existieran medios de hacerlos valer, es decir, instrumentos técnicos para lograr su efectividad; y el derecho brasileño, tanto en la doctrina como en los tribunales, ha perfeccionado dichos instrumentos.

En principio, Brasil consagra la regla de la *unidad del organismo judicial*, si se toma en cuenta que ya desde la Carta Republicana de 1891 se suprimió el contencioso-administrativo implantado por el imperio, y en la actualidad, el artículo 153, párrafo 4º del texto vigente de la Constitución Federal, dispone que la ley no podrá excluir de la apreciación del poder judicial cualquier lesión al derecho individual, lo que significa que toda clase de controversias deben someterse a los tribunales judiciales, inclusive las de carácter administrativo y las de naturaleza constitucional, por lo que el Supremo Tribunal Federal, además de constituir el más alto grado del poder judicial, ejerce la doble función de tribunal de justicia y de corte constitucional.

En primer término, el Estado brasileño establece varias garantías para la magistratura, como la carrera judicial, la permanencia, la inamovilidad y la no disminución de los ingresos, que se traducen en último extremo en garantías del justiciable; pues sólo un poder judicial, efectivamente vigoroso, puede estar investido de la independencia necesaria para decidir los conflictos en los cuales interviene la administración.

Los dos grandes remedios procesales específicos del derecho brasileño son el *habeas corpus* y el *mandado de segurança*.

a) El *habeas corpus* se introdujo en el artículo 340 del Código Procesal Penal del Imperio, y posteriormente fue elevado a la categoría de garantía constitucional, y en la actualidad está consagrado por el artículo 153, párrafo 20 del texto vigente de la Constitución Federal, reglamentado ampliamente por el Código Procesal Penal, de acuerdo con los cuales, puede solicitarse por el afectado o cualquier persona en su nombre, contra limitaciones ilegales a la libertad física, pudiendo extender el juez la

tutela a otras personas que se encuentren en la misma situación, e inclusive de *oficio*, cuando en el curso de un proceso tenga conocimiento de alguien que sufre o está en inminente peligro de padecer coacción ilegal, todo lo cual se complementa con lo dispuesto por el párrafo 12, párrafo final, del artículo 153 constitucional, según el cual, la prisión o detención de cualquier persona será comunicada inmediatamente al juez competente, que debe revocarla si no fuere legal.

Dentro del proceso penal puede invocarse el *habeas corpus* en casos evidentes de ilegalidad en la prisión, ya sea porque ha sido ordenada por autoridad incompetente, se hubiese extinguido la punibilidad o falte justa causa para el ejercicio de la acción penal.

b) El autor estima que el *mandado de segurança* es una contribución brasileña a la ciencia del proceso, ya que fue una creación de la Constitución de 1934, y actualmente se encuentra regulado por el artículo 153, párrafo 21, de la Constitución vigente, y reglamentado por la Ley 1 533 de 31 de diciembre de 1951.

Este instrumento se traduce en la orden del juez a la autoridad para que practique determinado acto o se abstenga de hacerlo, con la posibilidad de que el mismo juzgado adopte medidas de carácter precautorio.

Procede fundamentalmente contra actos y resoluciones de las autoridades administrativas, y después de largos debates doctrinales y variaciones de la jurisprudencia, también se ha llegado a admitir, excepcionalmente, contra resoluciones judiciales.

La tramitación de este proceso es sumarisima y contradictoria, pudiendo conceder provisionalmente la protección a través de medidas cautelares; las que pueden otorgarse, inclusive, antes de oírse a la autoridad demandada, con la simple presentación de la demanda, cuando exista peligro de que se causen graves daños al peticionario.

c) La tutela de los derechos humanos no se agota en los instrumentos específicos anteriores, ya que el profesor Moraes e Barros menciona otras instituciones consagradas en la Constitución Federal: la asistencia judicial a los necesitados; el derecho de petición a los poderes públicos en contra de abusos de autoridad; el control de la constitucionalidad de las leyes, reglamentado por la Ley número 4 337, de 1º de junio de 1964; el derecho de propiedad; los derechos laborales a través del proceso del trabajo, que desarrolla ante tribunales especializados de carácter federal.

d) Finalmente, el autor menciona las situaciones de emergencia y, particularmente, las que se derivan del Acta Institucional número 5, de 13 de diciembre de 1968, de acuerdo con la cual no sólo se suspende la aplicación del *habeas corpus*, respecto de ciertos actos de tipo político, sino también se excluyen otros, de la apreciación del poder judicial, todo ello en virtud de la difícil situación que ha atravesado Brasil en los últimos años, la que es de esperarse sea transitoria y pueda superarse.

K. Morello, Augusto M. (Argentina): *Protección procesal de los derechos humanos en Argentina*

Ninguno de los derechos constitucionales tiene carácter absoluto, de acuerdo con la jurisprudencia constante de la Corte Suprema Argentina, ya que se gozan conforme a las leyes que reglamentan su ejercicio, en los términos del artículo 14 de la Constitución Nacional; pero la medida de la reglamentación debe ser *razonable*, tomando en consideración que los derechos consagrados en los preceptos de la Ley Suprema tienen la misma jerarquía y deben interpretarse en forma armónica, ya se trate de derechos individuales o de atribuciones estatales.

Por otra parte, a los derechos individuales tradicionales consagrados por el texto primitivo de la Constitución Nacional, se han venido a sumar otros que genera el *derecho civil* contemporáneo y que tuvieron recepción expresa en 1957, al incorporarse el artículo 14-bis a la Carta Fundamental, por lo que al hablarse de la protección procesal de los derechos de la persona humana, es indispensable comprender también la tutela de los derechos de carácter social.

Sostiene el profesor Morello, que deben acotarse las áreas conceptuales de los "derechos" y de las "garantías" de carácter constitucional; pues los derechos sustanciales consagrados expresa o implícitamente por la Constitución Nacional, hallan su adecuada protección y su forma de asegurarla, a través de las garantías, en las cuales comprende las siguientes:

a) *Habeas corpus*, que ha funcionado correctamente en el derecho argentino para la tutela de la libertad personal, pero que ha sufrido graves limitaciones por disposiciones emanadas del actual gobierno de facto:

a' La reforma en 1970 al Código de Procedimiento en lo Criminal de la Capital Federal, para otorgar efecto suspensivo al recurso de apelación contra la concepción del *habeas corpus*, lo que impide la libertad inmediata del detenido en tanto el tribunal superior no confirme la resolución de primera instancia.

b' La jurisprudencia ha interpretado restrictivamente el artículo 23 constitucional, afirmando que la facultad de arrestar a las personas durante las situaciones de emergencia no es susceptible de revisión judicial, aun cuando en época reciente este criterio se ha atenuado en forma relativa.

b) *Amparo*, el que técnicamente se configura como una acción de garantía constitucional de la libertad, de trámite rápido, expedito y no formal, que se integra con el *habeas corpus*, pues mientras éste protege la libertad física o de locomoción, aquél es el auxilio idóneo para resguardo de todos los demás aspectos de libertad constitucional.

Este instrumento tutelar surgió con fluidez de movimiento en los casos pilotos de "Siri" y "Kot", pero ha sufrido una acentuada debilitación en el ámbito nacional, en varias direcciones:

a' Ha prosperado en la jurisprudencia el criterio de que esta acción constituye una rigurosa *vía excepcional*, en ausencia de otro medio ade-

cuado, rigor que se ha acentuado tratándose de actos provenientes de autoridades administrativas.

b' De acuerdo con la ley nacional 16 986 no procede la acción de amparo en los supuestos en que existan recursos o remedios judiciales o administrativos que permitan obtener la protección del derecho respectivo; cuando la intervención judicial pueda comprometer, directa o indirectamente, la regularidad, continuidad o eficacia de la prestación de un servicio público o el desenvolvimiento de actividades del Estado; cuando la eventual validez del acto requiera de una mayor amplitud de debate o de prueba; o bien, tratándose de la inconstitucionalidad de leyes, decretos u ordenanzas.

c' El autor considera equivocada la doctrina imperante en el sentido de que en principio, la acción de amparo *no es medio apto para declarar la inconstitucionalidad de las leyes, decretos u ordenanzas*, la que se remite a los procedimientos ordinarios.

d' La ley nacional de amparo y las de algunas provincias, limitan la procedencia de la institución a la impugnación de los actos de poder público, contrariando la jurisprudencia anterior, aun cuando esta restricción se atenúa relativamente con el establecimiento del *proceso sumarísimo* establecido por los artículos 321 y 498 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, que actúa como equivalente o sustituto del amparo, respecto de actos de particulares.

El profesor Morello señala que en la práctica se advierte una clara tendencia a la restricción de la procedencia del amparo, tomando en cuenta que en los últimos tres años pocas acciones de amparo han tenido éxito.

c) *Control judicial de la constitucionalidad de las leyes*, el cual sólo puede efectuarse en el ámbito nacional en un juicio contencioso común entre partes, para la dilucidación de cuyos derechos y con el fin de la condena o absolución de quien plantea el punto, puede ser necesario considerar la validez constitucional de la norma impugnada, pero en cambio, en la provincia de Buenos Aires funciona un sistema preventivo, superior al nacional, regulado en el Código Procesal Civil.

A este respecto, el autor califica de poco acertada a la jurisprudencia constante de la Corte Suprema, que ha negado la posible declaración *de oficio* de la inconstitucionalidad de las normas generales, si son de decisiva incidencia para la solución de la cuestión a decidir.

d) *Debido proceso*, consagrado por el artículo 18 de la Constitución nacional, y que ha sido interpretado por la Corte Suprema a través de una flexible y amplia recepción de la teoría de la *sentencia arbitraria*, que ha permitido por el camino del *recurso extraordinario*, dejar sin efecto sentencias no fundadas o que sólo contenían un fundamento aparente o un remedo de tal.

Sobre esta materia, el profesor Morello señala dos aspectos esenciales:

a' Por medio de la Ley 18 232 el gobierno *de facto* atribuyó a los tribunales militares el juzgamiento de personas que incurrieran en hechos

o situaciones previstas por el Código de Justicia Militar, lo que implica la violación del principio del juez natural consagrado por el mismo artículo 18 constitucional.

b' La inviolabilidad de la defensa en juicio se ha pretendido regular a través de los nuevos códigos procesales que se han expedido, tanto en el ámbito nacional como de algunas provincias, sin que se hubiese logrado un decidido progreso.

El tratadista argentino examina, finalmente, los medios de tutela para varios derechos fundamentales específicos, entre ellos el derecho de propiedad, que de manera paradójica está mejor protegido procesalmente que los derechos inherentes a la persona humana, que son los que requieren una tutela más enérgica: la seguridad jurídica, el derecho de igualdad, el de publicar las ideas y el de reunión, en todos los cuales, se advierte una expansiva manifestación reglamentaria a través del intenso ejercicio del poder de policía, limitaciones que no pueden analizarse en abstracto sino de acuerdo con la vida real, y a este respecto la Corte Suprema ha establecido un equilibrio entre dichas garantías y otros valores más importantes para el orden público y el de la comunidad.

L. Sarmiento Núñez, José Gabriel (Venezuela):
Protección procesal de los derechos humanos

El autor estima que la vigencia y garantía de los derechos humanos está asegurada en Venezuela a través del artículo 49 de la Constitución Federal, que impone a los tribunales el deber de amparar a todo habitante de la República en el goce y ejercicio de los derechos y garantías constitucionales, disposición que ha sido desarrollada por los órganos judiciales, que paulatinamente han venido abriendo caminos adecuados a la institución del amparo.

El tratadista venezolano concreta su exposición, en vista de la amplitud del tema, a un aspecto que ha sido objeto de controversia entre los profesionales del derecho en su país, y sobre el cual tampoco los tribunales han llegado a establecer un criterio jurisprudencial uniforme y definitivo, o sea, la *protección de los derechos humanos frente a violaciones de que puedan ser objeto por el poder judicial*, apoyando su punto de vista en el artículo 46 de la Constitución Federal, de acuerdo con el cual es nulo todo acto del poder público que viole o menoscabe los derechos garantizados por la misma Ley Suprema, de lo que debe concluirse que el amparo procede contra actos emanados de cualquiera de esos poderes, en todos sus grados y jerarquías.

En tal virtud, el profesor Sarmiento Núñez afirma que el amparo es procedente cuando el juez infringe los derechos fundamentales y más, particularmente, cuando los órganos jurisdiccionales infringen el artículo 60, ordinal 1º de la Carta Suprema Federal, al privar o restringir la liber-

tad de una persona, a través de órdenes de detención en los casos para los cuales la ley no los autoriza expresamente.

Es cierto que el amparo ha sido instituido como *remedio excepcional* para casos también excepcionales, es decir, en aquellos en los cuales la violación de los derechos fundamentales resulta evidente; pero también debe tomarse en cuenta que el propio amparo no ha sido instituido como un *remedio subsidiario*, sino por el contrario, como un instrumento autónomo e independiente, por lo que *los remedios ordinarios sólo serían* aplicables frente al amparo de la libertad, siempre que dichos remedios produjeran el mismo efecto y se tramitaran con la rapidez del propio amparo, pues de lo contrario se agrava la situación del detenido, como ocurre en los casos de violación evidente del derecho de libertad, si se acude al reclamo y posteriormente, al recurso de apelación contra los autos de detención dictados por los jueces instructores, ya que dichos medios de impugnación se tramitan en forma lenta y tardía.

Aclara el tratadista venezolano que la admisión del amparo de la libertad, en los casos evidentes que señala, no debe estimarse como un precedente para que dicho instrumento sea utilizado en todos los supuestos en los cuales se dicte auto de detención por la autoridad judicial, ya que el instrumento tutelar de que se trata sólo puede interponerse cuando la detención es acordada con *infracción inmediata y directa* de la disposición constitucional que garantiza la libertad individual.

El autor cita, en apoyo de su punto de vista, lo afirmado por el presidente de la Corte Suprema del Perú en el año de 1961, en el sentido de que dicha Corte había admitido el *habeas corpus* en casos similares, tratándose de resoluciones judiciales, y el mismo criterio ha sustentado recientemente la Corte Superior Primera en lo Penal del Distrito Federal de Venezuela, al decidir que el amparo procede contra actos del poder judicial que violen derechos individuales, aun cuando contra tales actos puedan ser interpuestos recursos ordinarios.

3. Clasificación de los instrumentos procesales

Casi todas las comunicaciones nacionales coinciden en la afirmación de que la simple consagración de los derechos fundamentales en la Carta Constitucional no constituye un medio suficiente para lograr su realización efectiva, distinguiéndose entre estos derechos y sus garantías, y aun cuando ese último vocablo es equívoco, como lo afirma Almagro Nosete (España), ya que se aplica a ciertas condiciones sociales y políticas, además de los medios procesales en sentido estricto, pudiendo hablarse en esta dirección de garantías sociológicas, políticas y de las verdaderas garantías jurisdiccionales, el mismo autor concluye en el sentido de que sólo se puede considerar a la protección procesal en sentido estricto con referencia a órganos jurisdiccionales idóneos; o bien es posible sostener

con Gómez Lara (México), que existe protección por vías no procesales o a través de instrumentos procesales en sentido estricto.

a) Los instrumentos tutelares de la última categoría pueden clasificarse desde muchos puntos de vista como lo hace Arlas (Uruguay), que los refiere particularmente al órgano al cual se imputa la violación —agresión proveniente de particulares o de los poderes legislativo, judicial o ejecutivo—; pero también es posible intentar una división en cuanto a los efectos preventivos, reparadores o represivos de los propios instrumentos, como también lo hace el tratadista uruguayo antes mencionado, siguiendo en esto a Duguit²⁴ y Rodolfo Reyes.²⁵ También puede adoptarse el criterio de tomar en cuenta la categoría del organismo judicial que imparte la protección, de acuerdo con Almagro Nosete (España), que distingue entre justicia constitucional, justicia administrativa y justicia común, siendo varios los autores —además del tratadista español— que reconocen en la materia de tutela de los derechos humanos, la existencia de una verdadera y propia justicia constitucional, como Aguirre Godoy (Guatemala), y Manrique Soto y Cabrera Anaya (Venezuela).

b) Pero tenemos la convicción de que la clasificación que puede ser más útil para sistematizar esta materia, que es sumamente compleja y, en ocasiones, dispersa por todo el ordenamiento jurídico, es la que hemos adoptado en otra oportunidad, o sea la que se apoya en la distinción entre *medios indirectos e instrumentos específicos*,²⁶ pues además de que varias comunicaciones nacionales siguen implícitamente este criterio al estudiar en forma separada los diversos sectores procesales, dedicando atención especial a los instrumentos específicos —inclusive Aguirre Godoy (Guatemala) sólo analiza estos últimos— algunos tratadistas aceptan expresamente esta clasificación, como Almagro Nosete (España), Gómez Lara (México) y Manrique Soto y Cabrera Anaya (Venezuela).

4. Medios indirectos: A. Garantías constitucionales del proceso

a) Advertimos que varios de los estudios presentados coinciden en considerar que uno de los aspectos esenciales de la tutela procesal de los derechos humanos descansa en las llamadas *garantías judiciales* —que se consignan generalmente en normas de carácter constitucional— las que se deben considerar medios indirectos, pero no por ello menos importantes, y estas garantías tienen por objeto lograr la existencia de un departamento judicial independiente y respetado, que implica la posibilidad de imponer sus resoluciones y que éstas sean acatadas por todas las autoridades,

²⁴ *Soberanía y libertad*, trad. de José G. Acuña, Buenos Aires, 1941, pp. 122-123, el cual distinguía entre garantías constitucionales preventivas y represivas.

²⁵ *La defensa constitucional*, Madrid, 1934, pp. 125-133, quien dividió los medios de defensa de la Constitución en preventivos, represivos y reparadores.

²⁶ 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.

como lo afirma Gómez Lara (México); o bien como lo sostiene Georgopoulos (Grecia), en el sentido de que en su país y desde hace un siglo, los jueces se han considerado como los guardianes naturales de los derechos del hombre.

Moraes e Barros describe algunos de los aspectos más importantes de las garantías judiciales en el Brasil, entre las cuales destacan las relativas a la designación de los juzgadores, que en las entidades federativas están sometidos a un régimen de selección a través de la carrera judicial disfrutando todos los miembros del poder judicial de permanencia, inmovilidad y de ingresos que no pueden disminuirse durante el ejercicio del cargo, pero al mismo tiempo están sujetos a un severo régimen de responsabilidad, y a este respecto Arlas sostiene que el proceso de responsabilidad es el que protege a los justiciables contra las agresiones del poder judicial en el Uruguay, o sea el que se sigue para imponer al juzgador las sanciones de orden penal, administrativo o civil que haya merecido por su actitud antijurídica.²⁷

b) Pero también asumen trascendencia en la protección de los derechos de los justiciables, los instrumentos que se han calificado genéricamente como "garantías constitucionales del proceso", de acuerdo con la terminología del clásico estudio del procesalista uruguayo Eduardo J. Couture,²⁸ tema que ha alcanzado en los últimos años un florecimiento doctrinal considerable.²⁹

La importancia de estos instrumentos podemos apreciarla en cuanto se han consignado en numerosos textos constitucionales, y según lo informa Jauernig, en la República Federal de Alemania se les considera como "equiparados" a los derechos de carácter fundamental, para los efectos de su tutela a través del recurso constitucional (*Verfassungsbeschwerde*).³⁰

Los autores de las ponencias nacionales enumeran algunas de las garantías procesales que han sido objeto de atención especial por la doctrina y la jurisprudencia, y en esta dirección Gómez Lara menciona los principios de legalidad, de igualdad de las partes, de la defensa adecuada, y Jauernig, el derecho a un tribunal imparcial y la publicidad de los debates.

Por otra parte, resulta conveniente mencionar el que se ha calificado como "derecho a la jurisdicción", que examina Almagro Nosete de acuer-

²⁷ Sobre el concepto de "garantías judiciales", véase el clásico estudio de Eduardo J. Couture, *Las garantías constitucionales del proceso civil*, en el volumen "Estudios de derecho procesal en honor de Hugo Alsina", Buenos Aires, 1946, pp. 204-210.

²⁸ *Op. ult. cit.*, pp. 158-191.

²⁹ Además de una serie de estudios que sería muy largo consignar nos limitamos a mencionar el más reciente, redactado por Mauro Cappelletti y Vincenzo Vigoriti, "*I diritti costituzionali delle parti nel processo civile italiano*", en "*Rivista di diritto processuale*", Padova, 1971, pp. 604-650.

³⁰ Estos derechos equiparados de carácter procesal figuran en los artículos 101 (prohibición de los tribunales de excepción y derecho al juez natural); 103 (derecho de audiencia ante los tribunales); y 104 (formalidades para la restricción de la libertad personal), de la Ley Fundamental de 1949.

do con el artículo 30 de la Ley Orgánica del Estado español, de 10 de enero de 1967;³¹ la garantía jurisdiccional analizada por Jauernig en los términos del artículo 19, párrafo 4º, de la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania³² y lo que Moraes e Barros califica como el principio de unidad de jurisdicción, según el artículo 153, párrafo 4º, de la Constitución brasileña, en su texto vigente.³³

Morello hace mención del principio del *debido proceso* consagrado por el artículo 18 de la Constitución Nacional argentina, referido en forma particular a la inviolabilidad de la defensa en juicio, y utilizado por la jurisprudencia de la Corte Suprema para elaborar el concepto de "sentencia arbitraria", lo que ha permitido dejar sin efecto sentencias carentes de fundamento, con fundamento aparente, o con un remedo de tal.³⁴

B. *Proceso ordinario*

La mayor parte de los ponentes nacionales hacen referencia a la jurisdicción ordinaria como un medio indirecto para la tutela de los derechos humanos, y de manera particular la de carácter civil, que se considera como accesoria en la República Federal de Alemania en relación con los tribunales administrativos, respecto a la impugnación de los actos provenientes del poder público, de acuerdo con el estudio de Jauernig.

a) Por su parte, Almagro Nosete expresa que la jurisdicción civil española debe estimarse anticuada no sólo en su aspecto procesal, según la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, sino también debido a que los códigos de derecho privado, o sean el de Comercio de 1885 y el Civil de 1889, no obstante las modificaciones introducidas posteriormente, se inspiran en el liberalismo del siglo XIX.

b) Mayor atención conceden varios de los informes nacionales al enjuiciamiento penal, ya que sus bases esenciales se consignan generalmente en el texto de las Cartas Constitucionales, en virtud de la importancia que asume la protección de la libertad individual, y desde este ángulo, el mismo Almagro Nosete nos indica que la Ley de Enjuiciamiento Criminal española, de 14 de septiembre de 1882, no obstante la época en que fue expedida, cumple en su mayor parte con los lineamientos que para los derechos del acusado han establecido las convenciones internacionales.

³¹ Dicho artículo dispone: "Todos los españoles tendrán libre acceso a los tribunales. La justicia será gratuita para quienes carezcan de medios económicos."

³² El citado precepto constitucional dispone en su parte conducente: "Un recurso jurisdiccional queda abierto a cualquiera que se considere lesionado en sus derechos por el poder público."

³³ De acuerdo con esta disposición: "La ley no podrá excluir de la apreciación del poder judicial ninguna lesión de derecho individual."

³⁴ Cfr. Genaro R. Carrió, *Recurso extraordinario por sentencia arbitraria*, Buenos Aires, 1967, pp. 39-40.

Una parte importante del informe de Conso está dirigida a la comparación de la legislación procesal italiana con las convenciones internacionales, señalando las deficiencias de que todavía adolece, no obstante las reformas más recientes y la labor depuradora de la Corte Constitucional.

c) Varios de los informantes examinan el proceso laboral como un instrumento para la tutela de los derechos de los trabajadores, derechos que con frecuencia son incorporados a los textos constitucionales; y determinando la creación de una magistratura especializada, en ocasiones separada de la ordinaria, como ocurre en España, según lo expresa Almagro Nosete, o bien, de acuerdo con el estudio de Moraes e Barros, como parte del organismo judicial federal, de acuerdo con el ordenamiento brasileño, en el cual, los tribunales de primera instancia (Juntas de Conciliación y Juzgamiento) se integran con representantes de los trabajadores y de los patrones.

d) La jurisdicción ordinaria, en su conjunto, asume en Inglaterra un papel esencial en la tutela de los derechos humanos, ya que de acuerdo con Jolowicz, desde 1947 se suprimió la inmunidad de la corona —continúa subsistiendo la del monarca— para ser demandada judicialmente por daños y perjuicios, y en 1954, se derogaron ciertos privilegios procesales de los funcionarios, de manera que en la actualidad, las autoridades están sujetas al derecho y al proceso ordinarios.

C. *Justicia administrativa*

Son varios los ponentes nacionales que estudian con detenimiento el proceso administrativo, tomando en cuenta que en ausencia —o como complemento— de instrumentos específicos de protección de los derechos humanos, debe considerarse como el instrumento que con mayor eficacia puede proteger a los particulares frente a una administración cada vez más poderosa y absorbente,³⁵ y de la cual proviene, de manera indudable, la mayor parte de las agresiones contra los derechos humanos, según lo sostiene acertadamente el profesor Arlas.

a) En España, de acuerdo con Almagro Nosete, la justicia administrativa, como rama especializada de la de carácter ordinario, ha funcionado satisfactoriamente respecto a la tutela de los derechos de los administrados, tomando en consideración que la Ley de 1956 debe considerarse como eficaz, y si existen algunos inconvenientes, los mismos provienen de la vía previa administrativa.

b) Jauernig sostiene que la mayor parte de los actos provenientes del poder público debe impugnarse ante los tribunales administrativos —pues ya se expresó que los ordinarios sólo tienen competencia residual en esta materia— los cuales se dividen en ordinarios y especializados, correspondiendo a los primeros el conocimiento de todos los litigios de derecho

³⁵ Cfr. Jesús González Pérez, *Administración pública y libertad*, México, 1971, esp. pp. 21-66.

expresamente por la Ley Federal a los Tribunales Financieros y a los de carácter social.

c De acuerdo con las certeras observaciones de Jolowicz, en Inglaterra ha aumentado considerablemente el número de tribunales administrativos, así como las facultades discrecionales de las autoridades y funcionarios de la administración, por lo que el ordenamiento intitulado *Tribunals and Enquiries Act*, de 1971, establece el recurso de apelación ante la Corte Superior (*High Court*) contra la ilegalidad de las resoluciones de ciertos tribunales administrativos.

También señala Jolowicz, que no obstante que tienen el carácter de medios procesales ordinarios, las llamadas *prerogative orders*, es decir, *certiorari*, *prohibition* y *mandamus*, que son como las sucesoras de los *writs* del mismo nombre, así como los llamados *declaration* e *injuction*, se han venido empleando cada vez con mayor frecuencia, los tres primeros para impugnar resoluciones de los tribunales administrativos, y los últimos como medios de defensa respecto de la administración.

d) Por lo que se refiere a México, Cipriano Gómez Lara analiza en forma detallada las funciones del Tribunal Fiscal de la Federación, establecido en 1936, y el recientemente creado Tribunal de lo Contencioso-Administrativo del Distrito Federal, que inició su funcionamiento en 1971, ambos de carácter autónomo; pero inspirados en el modelo del Consejo de Estado Francés,³⁶ y, por lo tanto, pertenecientes formalmente al campo de la administración.

El Tribunal Fiscal de la Federación ha realizado una encomiable labor de tutela de los derechos de los gobernados no sólo en materia tributaria, sino en un campo cada vez más amplio.³⁷ El segundo merece especial atención en la materia que nos ocupa, en cuanto tiene por objeto la protección de los derechos de los habitantes del Distrito Federal contra los actos de las autoridades administrativas, con exclusión de las de carácter fiscal, a través de un procedimiento sumamente flexible, en el cual destaca, como lo hace notar el propio Gómez Lara, la corrección oficiosa, por

³⁶ Lamentamos no contar con una comunicación sobre el derecho francés, por la importancia que asume la admirable jurisprudencia del Consejo de Estado en la defensa jurídica de los particulares frente a la administración, y la influencia que este organismo ha tenido y tiene en otros países de Europa y América Latina, por lo que nos limitaremos a citar, entre las innumerables obras que se han escrito sobre esta institución, tres de carácter reciente. Francine Batailler, *Le Conseil d'Etat juge constitutionnel*, Paris, 1966, esp. pp. 223 y ss.; Michel Dran, *Le contrôle juridictionnel et la garantie des libertés publiques*, Paris, 1968, esp. pp. 295 y ss.; Jean-Marie Auby y Michel Fromont, *Les recours contre les actes administratifs dans le pays de la Communauté Européenne*, Paris, 1971, pp. 187-279.

³⁷ Sobre la naturaleza, funciones y competencia del Tribunal Fiscal de la Federación, cfr. entre otros, 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", tomo III, Madrid, 1969, pp. 1955-1110.

parte del juzgador, de los errores y deficiencias en que hubiese incurrido el particular demandante, que se considera la parte más débil. En todo caso las resoluciones de estos tribunales pueden impugnarse por los particulares ante los tribunales federales, a través del juicio de amparo.

5. Instrumentos específicos. A. *Habeas corpus*

Se ha sostenido, a nuestro modo de ver, con acierto, que la violación de los derechos humanos, aun cuando tengan carácter individual, y con mayor razón si asumen naturaleza social, trasciende la esfera de los afectados y lesiona a toda la colectividad, por lo que en esta materia se requieren instrumentos tutelares más enérgicos, rápidos y eficaces, que aquellos que protegen los derechos ordinarios de los gobernados.³⁸

Este criterio parece confirmarse del examen de las comunicaciones nacionales, ya que sus autores dedican parte importante de sus trabajos a estos instrumentos específicos —inclusive el informe de Aguirre Godoy sobre Guatemala está dedicado íntegramente a ellos—; y en aquellos países en los cuales no existen o no son suficientes, se propone su introducción o perfeccionamiento, como lo sostiene Arlas en relación con el juicio de amparo en el Uruguay; el amparo y el *habeas corpus* en España, de acuerdo con Almagro Nosete, y el amparo en Venezuela contra resoluciones de carácter judicial, según la opinión de Sarmiento Núñez.

a) Como resulta comprensible, el *habeas corpus* es examinado con todo detenimiento por Jolowicz, tomando en cuenta que este instrumento libertario tuvo su origen en Inglaterra, en formas variadas desde tiempos remotos, pero de manera precisa como medio específico para la tutela de la libertad individual, con motivo de las luchas del Parlamento contra la Corona en el siglo xvii, habiéndose consagrado esencialmente en la *Ley de Habeas Corpus* de 1679, que ha tenido trascendencia en otras legislaciones.³⁹

Aun cuando el *habeas corpus* ha evolucionado en la misma Inglaterra, conserva su finalidad tradicional de proteger a las personas contra detenciones indebidas, especialmente fuera de procedimiento judicial, por lo que no puede servir de base a una impugnación dentro del proceso penal o contra las sentencias condenatorias.⁴⁰

Con menor frecuencia también puede utilizarse este instrumento para

³⁸ Cfr. Mauro Cappelletti, *La jurisdicción constitucional de la libertad*, cit., pp. 1-14.

³⁹ Cfr. Héctor Fix-Zamudio, *Influencia del derecho angloamericano en la protección procesal de los derechos humanos en América Latina*, en la obra "Festschrift für Karl Loewenstein", Tübingen, 1971, pp. 485-497.

⁴⁰ Por el contrario, en los Estados Unidos el *habeas corpus* en materia federal se ha transformado en un medio de impugnación contra las sentencias dictadas por los tribunales locales en materia penal, cfr., entre muchos otros, 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.

discutir la custodia de menores o el internamiento de personas en instituciones de salud, ya que normalmente se emplea o por los detenidos o por cualquier persona en su nombre, para combatir ante la autoridad judicial la ilegalidad de la detención y se dirige contra el custodio del propio detenido, y en principio el procedimiento es contradictorio, correspondiendo la carga de la prueba a la autoridad, aun cuando también puede decretarse la libertad con la simple presentación de la solicitud, si de ella aparece que es ostensible la ilegalidad de la privación de la libertad, debiendo destacarse que cuando no se encuentra sesionando el tribunal, la propia solicitud puede presentarse en el domicilio privado del juez.

b) En términos generales, el *habeas corpus* presenta la misma estructura en los ordenamientos respecto de los cuales se han presentado informes, con excepción de España, Italia y Alemania Federal, en cuyas legislaciones no se regula este instrumento, aun cuando su introducción se ha propuesto por la doctrina española según se ha visto, y en cuanto a México, si bien no se consagra expresamente con esa denominación, se encuentra incorporado en el juicio de amparo, con características similares.⁴¹

c) Como aspectos especiales podemos señalar que en Guatemala y Venezuela, de acuerdo con lo expresado por Aguirre Godoy y los dos informes venezolanos, el *habeas corpus* también procede respecto de restricciones, malos tratos o vejámenes que puede sufrir el detenido.

Moraes e Barros manifiesta que en la legislación brasileña, el juez que conoce del *habeas corpus* puede extender los beneficios de la resolución a otros coacusados, cuando la misma decisión sea incompatible con la continuación del proceso penal respectivo y, además, puede determinar de oficio la libertad o la comparecencia de un detenido, si en el curso de un proceso penal comprueba que alguien sufre o está en inminencia de sufrir coacción en su libertad personal.⁴²

Georgopoulos informa que, de acuerdo con la legislación griega, el juez debe decidir en un plazo de tres días si se mantiene o no la detención, pero si transcurre dicho lapso sin resolución judicial, el custodio debe poner en libertad al detenido; en tanto que Arlas explica que en el Uruguay la resolución dictada en el llamado recurso de *habeas corpus* —que considera como un verdadero proceso— puede consistir no sólo en la libertad o exhibición del detenido, sino también, si procede, en su consignación ante el tribunal competente para juzgarlo.

⁴¹ Cfr. Héctor Fix-Zamudio, *La protección procesal de las garantías individuales en América Latina*, cit., p. 78.

⁴² De acuerdo con el artículo 153, parágrafo 20, y el párrafo final del parágrafo 12, de la Constitución brasileña, en su texto vigente: "Se concede el *habeas corpus* siempre que alguien sufra o se encuentra amenazado de sufrir violencia o coacción en su libertad de movimiento, por ilegalidad o abuso de poder. No procede el *habeas corpus* respecto de las faltas disciplinarias." y "la prisión o detención de cualquier persona será comunicada inmediatamente al juez competente, el cual la revocará si no fuese legal".

Sarmiento Núñez, si bien nos habla del amparo, en realidad se refiere a la procedencia del *habeas corpus*⁴³ contra resoluciones judiciales, pero en casos excepcionales, es decir, cuando sea evidente la inconstitucionalidad de la privación de la libertad personal, sin que se pretenda sustituir a los medios de impugnación ordinarios.

B. Juicio de amparo y mandamiento de seguridad

a) Resulta indudable que si Inglaterra fue la cuna del *habeas corpus*, México lo ha sido del juicio, acción o recurso de amparo,⁴⁴ ya que en nuestro país fue introducido en el ámbito local en la Constitución yucateca de 1841, y en la esfera nacional en el documento llamado "Acta de Reformas", promulgado en 1847, por lo que este instrumento posee una experiencia centenaria y ha sido el inspirador de las instituciones similares del mismo nombre en los ordenamientos latinoamericanos e inclusive, en el recurso de amparo introducido en la Constitución republicana española de 1931.⁴⁵

Como es lógico, el informe más extenso en esta materia es el de Gómez Lara, quien señala la extraordinaria complejidad del amparo mexicano que prácticamente tutela no sólo los derechos de la persona humana consagrados constitucionalmente, sino también a través del llamado "control de legalidad",⁴⁶ prácticamente todo el ordenamiento jurídico mexicano y al respecto distingue tres sectores: el amparo de una sola instancia⁴⁷ contra sentencias definitivas de los tribunales judiciales y administrativos, el cual tiene grandes semejanzas con el recurso de casación; el de doble instancia contra actos de cualquier autoridad, especialmente administra-

⁴³ Existe confusión en Venezuela entre el amparo propiamente dicho y el *habeas corpus* o "amparo de la libertad personal", aun cuando la doctrina, y recientemente la jurisprudencia, pretenden delimitar estas instituciones, cfr., entre muchos otros, José A. de Miguel, *Amparo y "habeas corpus" en la Constitución de 1961*, en "Revista del Colegio de Abogados del Distrito Federal", Caracas, julio-diciembre de 1961, pp. 41-47.

⁴⁴ Aun cuando históricamente el amparo como institución protectora de los derechos humanos, tuvo su origen remoto en los procesos forales aragoneses, cfr., la obra de Fairén Guillén citada en la nota 3.

⁴⁵ En efecto, el recurso, acción o juicio de amparo ha sido consagrado en los siguientes países latinoamericanos: Argentina, Bolivia, Chile, Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay y Venezuela, y en el Ecuador, mientras estuvo vigente su Constitución de 1967.

⁴⁶ Sobre las diferencias entre el "control de la constitucionalidad" y "control de legalidad" en el amparo mexicano, cfr., entre otros, Ignacio Burgoa, *El juicio de amparo*, 8ª ed., México, 1971, pp. 168-181.

⁴⁷ En relación con el doble procedimiento del juicio de amparo mexicano, que se distingue entre amparo de una sola instancia o "directo", porque se hace valer ante la Suprema Corte de Justicia o los Tribunales Colegiados de Circuito, y el amparo de doble instancia o "indirecto", que se interpone en primera instancia ante los jueces federales de Distrito y en segundo grado ante la propia Corte o los citados Tribunales Colegiados, cfr. Ignacio Burgoa, *op. ult. cit.*, pp. 607-676.

tiva; y, finalmente, el amparo de doble instancia contra disposiciones legislativas, o amparo contra leyes.⁴⁸

El mismo Gómez Lara señala la eficacia del juicio de amparo mexicano respecto de la tutela de los derechos humanos, aun cuando todavía deben superarse varios aspectos, y para ello se remite a las agudas observaciones de Niceto Alcalá-Zamora y Castillo.⁴⁹

b) Aguirre Godoy indica que el amparo en Guatemala tiene por objeto dar protección a los afectados respecto de la violación de sus derechos consagrados por la Constitución, tanto por los poderes públicos como por los particulares; pero también en cuanto disposiciones legislativas, siempre en casos concretos.

No procede sino en forma excepcional respecto de resoluciones judiciales,⁵⁰ que es un principio que se sigue por los ordenamientos latinoamericanos y en lo que se apartan ostensiblemente del modelo mexicano.⁵¹

Resulta importante destacar varias disposiciones tanto de la Carta Fundamental como de la Ley Reglamentaria del Amparo, *habeas corpus* y de constitucionalidad, que otorgan amplias facultades a la Corte Suprema de Justicia para ampliar el ámbito protector del amparo, ya sea a través de disposiciones generales, como en la interpretación extensiva de los preceptos respectivos.⁵²

c) Almagro Nosete propone la creación en España de un Tribunal de Amparo de los Derechos Fundamentales, y recuerda el antecedente del

⁴⁸ Por nuestra parte, de acuerdo con un criterio funcional, hemos distinguido cinco sectores en la compleja estructura procesal del juicio mexicano: *amparo de la libertad* (similar al *habeas corpus*); *amparo judicial o casación* (con semejanza con el recurso de casación); *amparo contra leyes* (control de la constitucionalidad de las leyes); *amparo administrativo* (con funciones de contencioso-administrativo); y *amparo en materia agraria ejidal o comunal* (con aspectos peculiares para la tutela de los derechos de los campesinos sujetos al régimen de la reforma agraria), en varios trabajos, pero recientemente en *El juicio de amparo mexicano y la enseñanza del derecho procesal*, en "Revista de Derecho Procesal Iberoamericana", Madrid, 1971, pp. 376-380.

⁴⁹ Consignadas en su estudio, *Protección jurisdiccional del particular frente al Ejecutivo en México*, cit., p. 306.

⁵⁰ En principio, el amparo sólo procede contra las infracciones al procedimiento en que incurra la Corte Suprema de Justicia en asuntos sometidos a su conocimiento, siempre que no se hubiere dictado sentencia definitiva y no proceda otro recurso, o si agotado éste, subsistiere la transgresión, de acuerdo con los artículos 81, fracción 1^a, de la Constitución y 1^o fracción 8^a de la Ley Reglamentaria; y el artículo 61 de este último ordenamiento, dispone que podrá recurrirse en amparo en asuntos judiciales cuando se procediere con notoria ilegalidad o abuso de poder, o se afectaren los derechos de quien no fuere parte en el mismo asunto.

⁵¹ Cfr. Héctor Fix-Zamudio, *La protección procesal de las garantías individuales en América Latina*, cit., pp. 98-99.

⁵² En el artículo 83 constitucional se dispone que la interpretación judicial en materia de amparo será siempre extensiva, y en los artículos 71 y 72 de la ley se otorgan facultades a la Corte Suprema para ampliar la procedencia del amparo en situaciones análogas a las reguladas expresamente, las que debe ejercer prudentemente "para mantener y perfeccionar en Guatemala, el régimen de derecho".

Tribunal de Garantías Constitucionales de la Constitución republicana de 1931, que también conocía del recurso de amparo de garantías constitucionales.⁵³

d) Por su parte, también Arlas considera conveniente la implantación del juicio de amparo en el Uruguay, pues si bien la jurisprudencia no lo ha aceptado hasta la fecha, un sector importante de la doctrina considera que la falta de reglamentación no es obstáculo para que se hagan efectivos los derechos fundamentales a través de este instrumento específico.

e) La acción o recurso de amparo ha recibido en Argentina una aporación verdaderamente impresionante, tanto en el orden doctrinal⁵⁴ como jurisprudencial⁵⁵ y legislativo, este último sector, especialmente en el ámbito provincial,⁵⁶ aun cuando también se expidió una ley de amparo nacional, al número 16 986 de 18 de octubre de 1966.⁵⁷

Morello señala que en el propio ámbito nacional la Corte Suprema había establecido, a partir de los casos "Siri" (1957) y "Kot" (1958), una jurisprudencia sumamente flexible y liberal, que se ha restringido en forma inconveniente por la citada Ley 16 986, hasta convertir a la acción de amparo en un instrumento de carácter excepcional, que sólo puede utilizarse en ausencia de recursos o remedios judiciales o administrativos, y siempre que no se afecten la regularidad o eficacia de un servicio público o las actividades esenciales del Estado⁵⁸ y, además, tampoco resulta procedente respecto de actos de particulares, como anteriormente lo había admitido la jurisprudencia,⁵⁹ pues para este sector

⁵³ Este recurso de amparo se inspiró hasta cierto punto en el modelo mexicano, cfr. Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, *Significado y funciones del Tribunal de Garantías Constitucionales*, en su libro "Ensayos de derecho procesal civil, penal y constitucional", Buenos Aires, 1944, pp. 524-526; Rodolfo Reyes, *La defensa constitucional*, Madrid, 1934, pp. 226-298.

⁵⁴ La corriente doctrinal argentina sobre el amparo es muy amplia, por lo que nos limitaremos a señalar los libros más recientes de Augusto Mario Morello, *Régimen procesal del amparo en la provincia de Buenos Aires*, La Plata, 1966; José Luis Lazzarini, *El juicio de amparo*, Buenos Aires, 1967; Germán J. Bidart Campos, *Régimen legal y jurisprudencial del amparo*, Buenos Aires, 1968.

⁵⁵ 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.

⁵⁶ A los textos constitucionales y leyes reglamentarias de la acción de amparo en el ámbito provincial que señalamos en nuestro trabajo, *La protección procesal de las garantías individuales*, etcétera, pp. 91-93, debe agregarse la Ley número 4 915 de la Provincia de Córdoba, de 9 de enero de 1967.

⁵⁷ El comentario pormenorizado de esta Ley nacional de amparo, puede consultarse en el libro ya citado de José Luis Lazzarini, *El juicio de amparo*, cit., pp. 371-404.

⁵⁸ Sobre las graves restricciones a la procedencia del amparo que establece la citada Ley 16 986, cfr., entre otros muchos, Bartolomé A. Fiorini, *Acción de amparo. Graves limitaciones e inconsecuencias que la desnaturalizan*, en "La Ley", Buenos Aires, 24 de noviembre de 1966, pp. 1-3.

⁵⁹ Cfr., entre otros varios, José Luis Lazzarini, *Acción de amparo contra actos de particulares*, en "Jurisprudencia Argentina", Buenos Aires, 26 de abril de 1967, pp. 1-3.

se ha creado recientemente el *proceso sumarísimo*, en los artículos 321 y 428 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación de 20 de septiembre de 1967.⁶⁰

El propio Morello considera que en los últimos años el amparo e inclusive el proceso sumarísimo, se han limitado de tal manera que su acogimiento resulta excepcional, por lo que su eficacia ha disminuido en forma ostensible.

f) En los dos informes venezolanos se hace referencia breve del amparo establecido por el artículo 49 de la Constitución vigente de 1961, cuya procedencia se discute tanto en la doctrina como por la jurisprudencia, ya que por una parte no ha quedado claramente delimitado respecto del *habeas corpus* o amparo de la libertad, cuyas bases se establecen en la disposición transitoria quinta de la misma Ley Fundamental, ya que no existen disposiciones sobre la tutela de los derechos fundamentales diversos de la libertad personal.⁶¹

g) Moraes e Barros realiza un análisis minucioso del *mandado de segurança*, que con toda justificación considera como una aportación del derecho brasileño a la ciencia del proceso, pero discrepamos de este autor en su aseveración de que no se le pueda comparar con otras instituciones protectoras, especialmente en el ámbito latinoamericano, pues considera inútil la búsqueda de una institución similar en otros países.

Por una parte, existen tratadistas que han traducido *mandado de segurança* como "mandamiento de amparo",⁶² y, por otra, la misma doctrina brasileña ha señalado sus semejanzas con el amparo mexicano⁶³ y con otras instituciones tutelares latinoamericanas del mismo nombre.

Este instrumento tutelar se introdujo en la Constitución de 1934 y ha tenido un desarrollo impresionante, tanto doctrinal como legal y jurisprudencial, y actualmente se consigna en el artículo 153, parágrafo 21, del texto vigente de la Constitución Federal,⁶⁴ y se reglamenta por la Ley 1 533 de 1951.

Procede, especialmente, contra actos de las autoridades administrativas violatorias de los derechos de los gobernados; pero después de bastan-

⁶⁰ Cfr., Germán J. Bidart Campos, *Régimen legal y jurisprudencial del amparo*, cit., pp. 35-42, 113-118.

⁶¹ Cfr., Héctor Fix-Zamudio, *Algunos aspectos comparativos del derecho de amparo en México y Venezuela*, en la obra "Libro-Homenaje a la memoria de Lorenzo Herrera Mendoza", tomo II, Caracas, 1970, pp. 363-390; Ramón Escobar Salom, *El amparo en Venezuela*, Caracas, 1971, pp. 45-65.

⁶² Cfr., entre otros, Carlos Sánchez Viamonte, *Juicio de amparo*, Buenos Aires, 1963, pp. 43-47; José Luis Lazzarini, *El juicio de amparo*, cit., pp. 53-64.

⁶³ Especialmente el magnífico estudio comparativo de Alfredo Buzaid, *Juicio de amparo e mandado de segurança (contraste e confrontos)*, en "Revista de la Facultad de Derecho de México", enero-diciembre de 1960, pp. 107-150, reproducido en "Revista de Direito Processual Civil", São Paulo, 1966, pp. 30-70.

⁶⁴ El citado precepto dispone: "Se otorgará *mandado de segurança* para proteger derecho individual líquido y cierto no protegido por *habeas corpus*, sea cual fuere la autoridad responsable por ilegalidad o abuso de poder."

tes discusiones se ha aceptado que también pueden intentarse contra resoluciones judiciales, en ausencia de un medio de defensa o recurso ordinario que pueda proteger adecuadamente los derechos de los justiciables.⁶⁵

El mismo informe de Morales e Barros hace hincapié en las providencias precautorias que pueden tomarse por el juez para evadir perjuicios graves e irreparables al solicitante (*mandado liminar*), el cual puede otorgarse de *oficio* por el juzgador, de acuerdo con la opinión mayoritaria de la doctrina y la jurisprudencia, aun cuando el ponente sostiene que este criterio es equivocado, ya que no se puede resolver *ultra petita*.⁶⁶

C. Recurso constitucional

Constituye la traducción aproximada del vocablo *Verfassungsbeschwerde* (literalmente, queja constitucional), el cual se ha implantado también, con algunas variantes, en los ordenamientos de Suiza y de Austria.⁶⁷

De acuerdo con el agudo análisis de Jauernig, este instrumento específico de tutela de los derechos fundamentales en la República Federal de Alemania, ha logrado un desarrollo muy apreciable, si tomamos en cuenta que se introdujo en la Ley Orgánica del Tribunal Federal Constitucional, de 12 de marzo de 1951, su importancia condujo a su incorporación al texto constitucional, de acuerdo con la reforma de 29 de enero de 1969.⁶⁸

Aun cuando en principio la tutela del recurso constitucional sólo abarca los derechos fundamentales consagrados expresamente por el capítulo primero de la Ley Suprema y aquellos que el mismo ordenamiento constitucional considera como "equiparados" a los primeros, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal ha ampliado considerablemente esa protección a través de una interpretación extensiva de los preceptos de la misma Carta Fundamental.

De acuerdo con el minucioso informe de Jauernig, el recurso constitucional no se traduce en una acción popular, ya que sólo puede ser

⁶⁵ Cfr. J. J. Calmon de Passos, *Do mandado de segurança contratos judiciais*, en el volumen "Estudos sobre o mandado de segurança", Rio de Janeiro, 1963, pp. 51-108.

⁶⁶ Cfr., entre otros, J. M. Othon Sidou, *O mandado de segurança liminar*, Belém, Pará, 1956, pp. 19-32.

⁶⁷ Cfr. Mauro Cappelletti, *La jurisdicción constitucional de la libertad*, cit., pp. 17-37.

⁶⁸ En el artículo 93, parágrafo 4, a) de la Ley Fundamental, se dispone: "El Tribunal Federal Constitucional decide:..." Sobre los recursos constitucionales que pueden ser interpuestos por toda persona que pretenda haber sido lesionada por la autoridad pública en uno de sus derechos fundamentales o en alguno de los derechos establecidos por los artículos 20, parágrafo 4º (derecho de resistencia); 33 (igualdad de derechos y obligaciones civiles); 38 (derechos electorales); 101 (prohibición de los tribunales de excepción y derecho al juez natural); 103 (derecho de audiencia); y 104 (formalidades para la restricción de la libertad personal).

interpuesto por el afectado por la violación de alguno o algunos de sus derechos fundamentales, el cual, además, tiene la obligación de agotar previamente todos los medios de defensa y los recursos ordinarios, y sólo en casos de excepción, el mismo Tribunal Federal Constitucional puede admitir directamente la impugnación si considera que existe una jurisprudencia de los tribunales ordinarios contraria a la pretensión del recurrente, lo que haría inútil su instancia ante dichos tribunales, o bien cuando el mismo Tribunal Constitucional considere que el recurso de que se trata plantea una cuestión de trascendencia general, o que de no admitirlo el promovente sufriría un perjuicio grave e irreparable.

Un aspecto de gran importancia es el relativo al procedimiento previo de admisión ante una comisión de tres magistrados, introducido en las reformas de 1956 a la Ley Reglamentaria debido al gran número de recursos que estaba paralizando la actividad de las dos salas del Tribunal Constitucional Federal. Este procedimiento preliminar tiene por objeto depurar al Tribunal de un gran número de impugnaciones intrascendentes, ostensiblemente infundadas o que no plantean cuestiones de constitucionalidad; pero el mismo procedimiento preliminar ha recibido críticas de la doctrina, lo que ha motivado dos reformas, en 1963 y 1970, y si bien se ha perfeccionado, hubiese sido preferible, como lo sostiene un sector de los tratadistas alemanes, adoptar un sistema de admisión totalmente discrecional, similar al *writ of certiorari* ante la Corte Suprema Federal de los Estados Unidos.⁶⁹

Un aspecto importante, que indica la flexibilidad del recurso constitucional, radica en la facultad del Tribunal Federal Constitucional para no limitarse a los argumentos del recurrente, ya que puede invocar los que considere más adecuados para fundamentar su resolución.

La sentencia puede anular la resolución judicial impugnada y remitir el expediente al tribunal respectivo para que dicte otra ajustándose a los preceptos constitucionales; pero si el acto o resolución combatidos se apoyan en una ley contraria a la Carta Fundamental, el Tribunal Constitucional puede anular dicha ley, con efectos generales.

De acuerdo con la Ley Reglamentaria, el Tribunal Constitucional Federal está facultado para dictar providencias precautorias con el objeto de evitar daños o perjuicios graves e irreparables al recurrente; pero estas medidas cautelares tienen una duración de tres meses, que pueden prorrogarse a través de una nueva resolución.

Jauernig advierte que no obstante que han sido muy escasos los recursos que se han declarado fundados, aproximadamente el 1%, éste no es un argumento contrario a la eficacia de este medio de impugnación, ya que ha producido resultados benéficos en cuanto a la interpretación de disposiciones constitucionales que consagran derechos fundamentales, la que

⁶⁹ Sobre la función del *writ of certiorari* ante la Corte Suprema Federal de los Estados Unidos, entre otros, cfr. Herbert A. Warren y Samuel L. Saady, *The procedural aspects of certiorari*, en "Miami Law Quarterly", abril de 1950, pp. 367-379.

ha normado, además, la conducta de las autoridades para evitar violaciones a los mismos derechos.

D. Control de la constitucionalidad de las leyes

Con excepción de Inglaterra, en la cual todavía está vigente el principio de la supremacía absoluta del Parlamento, y de España, en la cual se ha establecido un control de tipo político, todos los demás países que se comprenden en esta ponencia general han consagrado, aun cuando con diversas modalidades, la revisión judicial de la constitucionalidad de las leyes.

a) En España, según se ha dicho, se introdujo en época reciente un sistema peculiar regulado por la Ley Orgánica del Estado, de 10 de enero de 1967, y desarrollado por la Ley de 5 de abril de 1968, ya que desde la derogación de la Constitución republicana de 1931, que regulaba el recurso de inconstitucionalidad de las leyes que se interponía ante el Tribunal de Garantías Constitucionales,⁷⁰ los ordenamientos contrarios a las leyes fundamentales no podían ser objeto de impugnación.

Se trata, como lo advierte Almagro Nosete, de un control por órgano político, a través del llamado *recurso de contrafuero*, que se interpone por el Consejo Nacional del Movimiento o por la Comisión Permanente de las Cortes, contra cualquier acto legislativo o disposición general de gobierno que vulnere los principios del movimiento nacional o a las demás leyes fundamentales, autorizándose a los particulares, por medio del derecho de petición, para que formulen denuncias de contrafuero ante las citadas autoridades.

El citado *recurso de contrafuero* se hace valer por los órganos antes mencionados ante el Consejo del Reino, el cual turna el asunto a una comisión asesora integrada por funcionarios administrativos y judiciales, y cuyo dictamen se envía al jefe del Estado para que decida en definitiva.

Este sistema ha sido criticado justificadamente por la doctrina, ya que se caracteriza por su carácter político y su dispersión orgánica, lo que ha determinado su poca o nula eficacia práctica.

b) Tratándose del control judicial, en los informes nacionales se advierte la existencia de los dos sistemas que han sido destacados por la doctrina, tomando en cuenta su origen, es decir, el llamado "americano" y el que se califica como "austriaco", aun cuando sus características no son estáticas, ya que tienden a influenciarse en forma recíproca.⁷¹

⁷⁰ Respecto al recurso de inconstitucionalidad de las leyes que debía conocer el Tribunal de Garantías Constitucionales, cfr. Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, *Naturaleza y funciones del Tribunal de Garantías Constitucionales*, cit., pp. 512-520; Rodolfo Reyes, *La defensa constitucional*, cit., pp. 156-225.

⁷¹ En cuanto a la distinción entre los llamados sistemas "americano" y "austriaco" de la constitucionalidad de las leyes, cfr., los fundamentales libros de Mauro Cappelletti, *El control judicial de la constitucionalidad de las leyes en el derecho comparado*, cit., pp. 34-75; y *Judicial review in the contemporary world*, cit., pp. 69-100.

El sistema americano, es decir, el que confía a los tribunales judiciales ordinarios el conocimiento y la decisión del control de la constitucionalidad de las leyes, predomina en Guatemala, Uruguay, México, Venezuela, Brasil y Argentina, de acuerdo con las exposiciones de Aguirre Godoy, Arlas, Gómez Lara, los dos informes venezolanos, Moraes e Barros y Morello, en tanto que el sistema austriaco, es decir, el que confía en forma exclusiva a un tribunal especializado de carácter constitucional, este control de la constitucionalidad de las leyes, de acuerdo con los principios plasmados en la Constitución austriaca de 1920-1929,⁷² impera en Italia, Grecia y la República Federal de Alemania, aun cuando en fecha reciente se ha introducido también en Guatemala al lado del sistema tradicional americano, como se advierte de los informes de Conso, Georgopoulos, Jauernig y el propio Aguirre Godoy.

c) En cuanto a la forma de plantear las cuestiones de constitucionalidad de las leyes, en ambos sistemas se descubre un doble aspecto: el que se ha calificado como "vía de acción", es decir, la interposición directa del problema de inconstitucionalidad ante los órganos judiciales ordinarios o ante el Tribunal o Corte Constitucional, y el que se ha denominado "vía de excepción" —en realidad, incidental— que surge en un proceso concreto, planteado por las partes o de oficio por el juzgador, y que se resuelve por el mismo juzgador —como ocurre en Guatemala, Uruguay, Venezuela y Argentina— o bien se turna al Tribunal o Corte Constitucional para que decida exclusivamente sobre la cuestión de constitucionalidad —Italia, Grecia y la República Federal de Alemania.

La situación de México es peculiar —y en parte también la de Guatemala, pero tan sólo en el sector relativo al juicio de amparo—⁷³ si tomamos en consideración de que no obstante lo dispuesto por el artículo 133 constitucional,⁷⁴ la impugnación de la inconstitucionalidad de las leyes se

⁷² Un estudio accesible y reciente sobre el sistema establecido por la citada Constitución austriaca, debido a la inspiración del ilustre Hans Kelsen, cfr. Walter Frisch Philip, *La forma en que se plasmó la teoría pura del derecho de Hans Kelsen en la jurisdicción austriaca creada por él*, trad. de Elsa Bieler, en "Jurídica", Anuario de la Escuela de Derecho de la Universidad Iberoamericana, México, julio de 1970, pp. 129-143.

⁷³ En efecto, en Guatemala además de un sistema autónomo de control de constitucionalidad de las leyes, el amparo también puede utilizarse "para que se declare en casos concretos, que una ley, un reglamento o una resolución o acto de autoridad no obliga al recurrente por contravenir o restringir cualesquiera de los derechos garantizados por la Constitución de la República o reconocidos por cualquiera otra ley...", de acuerdo con los artículos 80, inciso 2º y 1º, inciso 2º, de la Carta Fundamental y de la Ley reglamentaria, respectivamente.

⁷⁴ El citado artículo 133 constitucional, que se inspira casi literalmente en el artículo VI de la Constitución de los Estados Unidos de 1787, establece: "Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión. Los jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones y leyes de los Estados."

efectúa a través del juicio de amparo (amparo contra leyes), casi siempre por la vía de acción, de acuerdo con el análisis de Gómez Lara, es decir, el particular afectado acude ante los jueces federales de Distrito, y en segunda instancia ante el Tribunal en Pleno de la Suprema Corte de Justicia, demandando a las autoridades legislativas —y en su caso a las que aplican o pretenden aplicar las disposiciones impugnadas— la inconstitucionalidad de determinados ordenamientos legales, ya sea a través de sus actos de aplicación o bien cuando la ley afecta la esfera jurídica del reclamante con motivo de su entrada en vigor (leyes autoaplicativas);⁷⁵ y esporádicamente la misma Corte ha admitido que por conducto de una resolución judicial se impugne en forma incidental la inconstitucionalidad de la ley aplicable al caso, con apoyo en el citado artículo 133 constitucional, pero siempre por medio del juicio de amparo.⁷⁶

d) Un aspecto esencial es el relativo a los efectos de la sentencia de inconstitucionalidad, los que desde un punto de vista abstracto deberían ser particulares en el sistema “americano” y generales en el “austriaco”; pero en la práctica se han combinado, como se desprende de los trabajos presentados.

En efecto, de acuerdo con lo manifestado por Aguirre Godoy, la sentencia de inconstitucionalidad sólo tiene eficacia en el caso concreto, si dicha sentencia es dictada por los tribunales ordinarios; pero la pronunciada por la Corte de Constitucionalidad, que pertenece al sistema austriaco, es siempre de carácter general;⁷⁷ y sólo posee eficacia particular para el caso concreto en Uruguay, según lo expresado por Arlas⁷⁸ y en México, de acuerdo con la llamada “fórmula de Otero”, que menciona Gómez Lara.⁷⁹

⁷⁵ Sobre el concepto de leyes autoaplicativas, es decir, aquellas que pueden impugnarse en cuanto entran en vigor, por afectar desde entonces la esfera jurídica de los particulares, cfr. Ignacio Burgoa, *El juicio de amparo*, cit., pp. 228-260.

⁷⁶ Es lo que nos hemos permitido calificar como “recurso de la inconstitucionalidad de las leyes”, en nuestro trabajo *Algunos problemas que presenta el amparo contra leyes*, en el libro “El juicio de amparo”, México, 1964, pp. 175-180.

⁷⁷ En efecto, además de la inconstitucionalidad para efectos en el caso concreto, a través del juicio de amparo y de las impugnaciones por vía incidental y de acción que se pueden plantear ante los tribunales ordinarios, los efectos de la declaración de inconstitucionalidad pronunciada por la Corte de Constitucionalidad, tiene efectos generales, ya que de acuerdo con los artículos 265 constitucional y 108 de la ley reglamentaria: “Cuando la sentencia declare la inconstitucionalidad total de una ley o disposición gubernativa de carácter general, ésta quedará sin vigor; y si la inconstitucionalidad fuere parcial, quedará sin vigor la parte declarada inconstitucional. En ambos casos dejarán de surtir efecto desde el día siguiente al de la publicación del fallo en el ‘Diario Oficial.’ . . .”

⁷⁸ Cfr. Enrique Vescovi, *El proceso de inconstitucionalidad de la ley*, Montevideo, 1967, pp. 62-95.

⁷⁹ Esta fórmula de Otero, que tuvo su origen en el artículo 25 del documento constitucional intitulado: “Acta de Reformas” promulgado en 1847, y que en esencia se reproduce en los artículos 107, fracción II, de la Constitución Federal y 76 de la Ley de Amparo, estableciendo este último precepto: “Las sentencias que se pronuncien en los juicios de amparo sólo se ocuparán de los individuos particulares o de

La eficacia de la declaración de inconstitucional puede considerarse mixta en Venezuela, ya que al lado del control de la constitucionalidad para el caso concreto,⁸⁰ existe la acción popular de inconstitucionalidad, de acuerdo con la cual, cualquier ciudadano, aun sin ser afectado, puede acudir ante la Corte Suprema para solicitar la declaración de inconstitucionalidad con efectos generales, de las disposiciones legislativas que estimen contrarias a la Constitución.⁸¹

Por el contrario, los efectos de la declaración de inconstitucionalidad son siempre generales (*erga omnes*) y se traducen en la derogación del ordenamiento declarado inconstitucional, en Italia, Grecia y la República Federal de Alemania, así como en la Corte de Constitucionalidad de Guatemala,⁸² debiendo señalarse que si bien de acuerdo con el modelo austriaco estos efectos sólo pueden producirse para el futuro (*ex nunc*),⁸³ en la República Federal de Alemania, la eficacia de las sentencias del Tribunal Constitucional Federal es de carácter retroactivo (*ex tunc*); pero como lo afirma Jauernig, el mismo Tribunal Constitucional ha encontrado soluciones prácticas para evitar los perjuicios que esos efectos retroactivos pudiesen producir en casos más agudos, especialmente en materia tributaria.⁸⁴

Del conjunto de los informes nacionales, especialmente de los latinoamericanos, se desprende la tendencia, señalada por Manrique Soto y Anaya Cabrera, de introducir cada vez con más vigor la declaración general de inconstitucionalidad en aquellos ordenamientos que carecen de ella; pero sin suprimir la eficacia particular para el caso concreto, que es la tradicional en la misma Latinoamérica.⁸⁵

las personas morales, privadas u oficiales que lo hubiesen solicitado, limitándose a ampararlos y protegerlos, si procediere, en el caso especial sobre el que verse la demanda, sin hacer una declaración general respecto de la ley o acto que la motivare . . .”

⁸⁰ Cfr. José Guillermo Andueza, *La jurisdicción constitucional en el derecho venezolano*, Caracas, 1955, pp. 35 y ss.

⁸¹ La acción popular de inconstitucionalidad también existe en los ordenamientos de Colombia, Panamá, El Salvador, y se regulaba en el régimen cubano anterior a la revolución de Fidel Castro, cfr. Héctor Fix-Zamudio, *Valor actual del principio de la división de poderes y su consagración en las Constituciones de 1857 y 1917*, en “Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México”, enero-agosto de 1967, pp. 92-98.

⁸² También existen tribunales o cortes constitucionales, cuyas sentencias producen la ineficacia general de la ley declarada inconstitucional, desde luego en Austria, cuya Constitución de 1920 fue restablecida en 1945 y se encuentra en vigor con algunas reformas; Turquía (1961), Yugoslavia (1963) y Checoslovaquia (1968), cfr. Héctor Fix-Zamudio, *Veinticinco años de evolución de justicia constitucional*, cit., pp. 65-99.

⁸³ De acuerdo con el artículo 140, párrafo 3, de la Constitución Federal austriaca, la anulación de la ley declarada inconstitucional por la Corte Constitucional, surte efectos el día de la publicación del fallo respectivo, a no ser que la Corte fije un plazo para que surta efectos dicha anulación, siempre que no exceda de un año.

⁸⁴ Cfr. Franco Pierandrei, *Le decisioni degli organi della giustizia costituzionali*, en su obra “Scritti di diritto costituzionali”, vol. III, Milano, 1964, pp. 104-114.

⁸⁵ En efecto, se advierte una tendencia en los países latinoamericanos para adoptar la declaración general de inconstitucionalidad, conservando también el sistema de la

6. Situaciones de emergencia

La intranquilidad políticosocial de nuestra época, especialmente en América Latina, ha determinado constantes declaraciones de estados de emergencia o de sitio, que se traducen en el menoscabo ostensible de los derechos humanos, con mucha frecuencia, en forma desorbitada en relación con los trastornos que se pretenden combatir. Esta situación se advierte en los ordenamientos de varios de los países examinados, repercutiendo en los instrumentos procesales, ya que los mismos se suspenden e inclusive se prohíbe a los tribunales conocer de los conflictos planteados.

a) Aguirre Godoy manifiesta que de acuerdo con el artículo 151 constitucional, en las situaciones de emergencia se aplica la Ley de Orden Público, la cual determina que el *habeas corpus*, respecto de personas detenidas por virtud de dicha ley, sólo puede practicarse en el lugar de la detención, para evitar malos tratos; pero no se puede ordenar la libertad del detenido, aun cuando la privación de la libertad sea injustificada. Además, de acuerdo con el mismo ordenamiento, reformado en 1970, sí es posible privar de la libertad a una persona sujeta a investigación por tiempo indefinido y sin consignación ante la autoridad judicial.

En cuanto al amparo, el citado ordenamiento establece que no se puede hacer valer contra los actos de autoridad en aplicación de la misma Ley de Orden Público, hasta que cese la emergencia, aun cuando es posible interponer el propio juicio de amparo, en opinión de Aguirre Godoy, respecto de los derechos no suspendidos en la declaración del estado de emergencia, y que se pueden impugnar las leyes expedidas durante el propio estado de sitio, inclusive el decreto del Congreso que aprueba la restricción de derechos humanos, si el decreto del ejecutivo restringe derechos no susceptibles de suspensión.

b) De acuerdo con Almagro Nosete, el proceso penal que se sigue ante el Tribunal de Orden Público asume dos modalidades: en tiempo de normalidad se sigue el procedimiento ordinario pero con restricciones a la libertad del detenido, es decir, se decreta la prisión preventiva incondicional mientras la situación alterada por el delito no se hubiese normalizado, y se permite el juicio en rebeldía; pero una vez declarado el estado de excepción, la competencia de este tribunal se transforma en *residual*, ya que según la Ley de Orden Público, de 30 de julio de 1959 y Decreto sobre Rebelión Militar, Bandidaje y Terrorismo, de 21 de septiembre

desaplicación para el caso concreto, inclusive en México, en el cual se conserva una actitud casi reverencial para la fórmula de Otero consignada en la nota 79, y entre los que preconizan esta transformación pueden citarse, a William Cecil Headrick, *El control judicial de las leyes*, en "Revista de la Facultad de Derecho de México", núm. 62, abril-junio de 1966, pp. 463-467; Héctor Fix-Zamudio, *Valor actual del principio de la división de poderes*, cit., pp. 92-98; Juventino V. Castro, *Hacia el amparo evolucionado*, México, 1971, pp. 31-61. Héctor Fix-Zamudio, *La declaración general de inconstitucionalidad y el juicio de amparo*, en "Boletín Mexicano de Derecho Comparado", enero-agosto de 1971, pp. 53-98.

de 1960, sólo conoce el Tribunal de Orden Público de los delitos que no caigan bajo la jurisdicción militar, según lo decida esta última.

c) Según Arlas, en Uruguay se discute la procedencia del *habeas corpus* tratándose del régimen excepcional conocido como “medidas de pronta seguridad”, el cual se ha declarado con frecuencia en los últimos años debido a graves trastornos internos; pero la doctrina se inclina por la admisión de este instrumento tutelar, ya que, aun en situaciones de emergencia, es indudable que se producen detenciones que van más allá de los límites legales del estado de excepción.

Por otra parte, si bien el artículo 31 constitucional autoriza la detención de una persona sin cumplir los requisitos normales, en los casos de suspensión de la seguridad individual, de cualquier manera, una vez realizada la detención, el afectado debe ser sometido al juez competente dentro del plazo constitucional.

d) Si bien no se refiere a situaciones de emergencia, debe señalarse la posibilidad de privación de derechos individuales, en caso de su ejercicio abusivo, que se ha establecido en la Constitución griega de 1968, y en el Decreto-Ley de primero de enero de 1971, ya que de acuerdo con lo expresado por Georgopoulos, la Cámara de Diputados, el Ministro de Justicia o el Procurador ante la Corte de Casación, pueden acudir ante el Tribunal Constitucional para solicitar que se limiten los derechos fundamentales de las personas que los han ejercitado en forma abusiva, todo lo cual se inspira en el sistema establecido por el artículo 18 de la Constitución de la República Federal de Alemania.⁸⁶

e) Jolowicz efectúa un análisis muy agudo sobre la actual situación de emergencia que impera en Irlanda del Norte, y que se apoya en las facultades otorgadas al ejecutivo de esa región por la Ley sobre el Gobierno de Irlanda, de 1920 —que debe considerarse como la Constitución de carácter local— y por la Ley de Poderes Especiales de 1922, por lo que desde el punto de vista legal, no procede el *habeas corpus* contra el internamiento, es decir, contra la detención de sospechosos sin mandato judicial y sin consignación ante el tribunal respectivo, ya que esa medida se encuentra dentro de los límites de la citada legislación, y los tribunales de esa región carecen de facultades para examinar los motivos políticos de la legislación de emergencia.

f) Moraes e Barros señala que en el Brasil se puede suspender el *habeas corpus* e inclusive la apreciación judicial de los delitos políticos y

⁸⁶ El citado artículo 18 de la Constitución de la República Federal de Alemania, dispone: “Cualquiera que abuse de la libertad de expresión, especialmente de la prensa (artículo 5, parágrafo 1), de la libertad de enseñanza (artículo 5, parágrafo 3), de la libertad de reunión (artículo 8), de la libertad de asociación (artículo 9), del secreto de la correspondencia, del correo y de las telecomunicaciones (artículo 10), de la propiedad (artículo 14) o del derecho de asilo (artículo 16, parágrafo 2), para combatir el orden fundamental libre y democrático será privado de esos derechos fundamentales. Corresponde al Tribunal Federal Constitucional decidir sobre la privación y fijar su extensión.”

contra la seguridad nacional señalados en el Acta Institucional número 5, de 13 de diciembre de 1968, estimando que estas restricciones son provisionales y desaparecerán cuando cese la emergencia.⁸⁷

g) El criterio que predomina en los trabajos examinados se traduce en el señalamiento de la necesidad de precisar las facultades del ejecutivo durante las situaciones de emergencia, ya que los tribunales no pueden apreciar su fondo político; pero, por el contrario, sí están o deberían estar facultados para apreciar los límites de las propias facultades de emergencia, con el objeto de evitar extralimitaciones en perjuicio de los derechos humanos, y como una extensión de la doctrina de la desviación de poder que surgió en la jurisprudencia del Consejo de Estado francés.⁸⁸

Por ello, a pesar de las disposiciones que admiten la suspensión o limitación de los instrumentos protectores, éstas deben interpretarse en la forma más favorable a los derechos humanos, a fin de que los tribunales puedan intervenir en esta materia.⁸⁹

7. Derechos humanos y justicia militar

La misma intranquilidad políticosocial a que nos hemos referido en el inciso anterior, ha provocado la intervención de la justicia militar en las situaciones de emergencia, afectando de manera evidente el derecho fundamental al juez natural, pues sin existir propiamente un estado de guerra, se somete a los civiles a los propios tribunales castrenses, cuando han incurrido en ciertos delitos de tipo político, especialmente los de rebelión o de trastornos al orden público, y en esta dirección advertimos nuevamente el ejemplo doloroso de Latinoamérica, aun cuando no sea el único.

a) Por lo que se refiere a España, sostiene Almagro Nosete, que según el Decreto-Ley de 21 de diciembre de 1960, ya mencionado, ciertos delitos de tipo político imputados a civiles, se someten al conocimiento de los tribunales militares durante los periodos de emergencia, y sólo por decisión

⁸⁷ Sin embargo, tenemos la convicción que las restricciones de esta Acta Institucional deben interpretarse a la luz del artículo 159 de la Constitución brasileña, en su texto reformado en 1969, de acuerdo con el cual: *El incumplimiento de cualquiera de las prescripciones relativas al estado de sitio hará ilegal la coacción y permitirá al afectado impugnarla ante el poder judicial*, cfr. Arnold Wald, *Do mandado de segurança na prática judiciária*, 3ª Ed., 1968, pp. 201-202.

⁸⁸ Aun cuando existe una bibliografía impresionante sobre la desviación de poder (*détournement de pouvoir*) como motivo de impugnación de los actos administrativos discrecionales ante el Consejo de Estado francés, nos limitaremos a señalar el estudio reciente de Auby y Fromont, *Les recours contre les actes administratifs dans les pays de la Communauté Economique Européenne* cit., pp. 250-261.

⁸⁹ En el Seminario organizado en la ciudad de México del 15 al 18 de agosto de 1961, bajo los auspicios de las Naciones Unidas, sobre amparo, *habeas corpus* y otros recursos similares, la mayoría de los delegados estuvieron de acuerdo en que sería aconsejable reconocer a los tribunales el poder de decidir respecto a la legalidad de las medidas adoptadas por la autoridad durante estas situaciones de emergencia. *Actas*. Nueva York, 1962, pp. 97-109.

de los citados tribunales castrenses, los casos que se estiman de menor gravedad se remiten al Tribunal de Orden Público.

Como lo advierte el mismo Almagro Nosete, el enjuiciamiento penal militar afecta en forma considerable el derecho de defensa de los acusados, a través de un procedimiento sumarísimo, que sólo de manera formal respeta el principio de legalidad, pero otorga a los jueces un arbitrio demasiado amplio; se imponen serias limitaciones legales a la preparación de la defensa, la que en principio debe ser sustentada por militares, y por excepción conferirse a abogados particulares; siempre se decreta la prisión preventiva, y la sentencia no es impugnabile, estableciéndose para los delitos más graves como pena única, la de muerte.

Todo lo anterior lleva al tratadista español, adhiriéndose a la doctrina mayoritaria, a sostener que los civiles, aun cuando cometan delitos contemplados por leyes militares, deben ser sometidos a los tribunales ordinarios, por la falta de adecuación de la justicia castrense para decidir problemas que atañen a la vida civil.

b) Morcello señala la situación del ordenamiento argentino, tomando en consideración que el gobierno *de facto* sancionó la Ley 18 323, que atribuyó a los tribunales castrenses la competencia para juzgar a personas que incurrieran en hechos o situaciones previstas en diversas situaciones del Código de Justicia Militar, cuando el ejecutivo estime que existan situaciones de emergencia, todo lo cual se traduce en la violación, además de otras disposiciones de la Constitución Nacional, del derecho al juez natural previsto por el artículo 18 de la propia Carta Fundamental,⁹⁰ limitando gravemente las funciones y la competencia de los tribunales ordinarios, por lo que este sistema merece las críticas más severas.⁹¹

El ponente argentino destaca que la Corte Suprema ha sostenido que, aun en el supuesto de admitirse la competencia de la justicia militar, una vez terminada la emergencia, debe dejarse sin efecto la sentencia condenatoria dictada por los tribunales castrenses, y disponerse que los afectados sean juzgados nuevamente por el poder judicial, en forma legal y con arreglo a las leyes que distribuyen la competencia entre los jueces en materia penal.

8. Protección procesal interna y convenciones internacionales

Varios de los ponentes nacionales realizan un análisis comparativo entre las disposiciones de sus ordenamientos y los derechos humanos consagrados en las convenciones internacionales sobre la materia, particularmente

⁹⁰ La parte relativa del artículo 18 de la Constitución argentina establece: "Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso, ni juzgado por comisiones especiales, o sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa..."

⁹¹ Cfr., el valiente estudio de Eduardo Spolansky y Jorge Reinaldo Vanossi, *Sanciones militares y garantías constitucionales*, separata de la "Revista Argentina del Colegio de Abogados", Buenos Aires, febrero de 1971.

las Declaraciones Americana y Universal, la Convención Europea y los Pactos de las Naciones Unidas, todos ellos sobre derechos humanos.

a) Aguirre Godoy menciona que no obstante todos los problemas por los cuales atraviesa y ha atravesado Guatemala, se ha acudido a estos convenios internacionales, para dejar subsistente, así sea en forma limitada, el ejercicio de ciertos derechos de libertad y seguridad.

b) Almagro Nosete realiza un cotejo de las garantías procesales reguladas por las citadas convenciones internacionales, con el objeto de asegurar a los gobernados una justicia interna más expedita, con debates públicos y con amplias oportunidades de defensa, en relación con las diversas ramas de enjuiciamiento, particularmente la de carácter penal.

c) Conso dedica amplias reflexiones a la falta de actuación efectiva de la Declaración Universal y la vigencia de la Convención Europea para la Salvaguardia de los Derechos del Hombre y de las Libertades Fundamentales, destacando que la Comisión Europea de los Derechos Humanos ha conocido de cerca un millar de reclamaciones, tanto gubernamentales como de particulares, la mayoría de las cuales se han estimado inadmisibles, salvo muy pocas, que se han declarado infundadas en cuanto al fondo, resultado que se califica de desilusionante.

Este autor hace referencia a que la citada Convención se encuentra en vigor en Italia desde 1955, no obstante lo cual, los tribunales italianos han invocado la violación de los derechos humanos regulados en la propia Convención en muy contadas ocasiones; pero, además, si bien es verdad que varios textos constitucionales se ajustan en principio a los postulados de la citada Convención, deben reformarse numerosos aspectos de la legislación italiana para adecuarlos a los mismos derechos y, además, el gobierno de Italia debe ratificar los artículos 25 y 46 del mencionado documento internacional, que tampoco han sido aprobados por Grecia y Chipre,⁹² para someterse a la competencia de la Comisión y la Corte Europea de los Derechos del Hombre en cuanto al conocimiento de reclamaciones individuales.

⁹² De acuerdo con los citados preceptos de la Convención Europea: Artículo 25. "La Comisión (Europea de Derechos Humanos) puede conocer de cualquier demanda dirigida al Secretario General del Consejo de Europa por toda persona física, organización no gubernamental o grupo de particulares, que se considere víctima de una violación por una de las Altas Partes Contratantes de los derechos reconocidos en la presente Convención, en el caso de que la parte contratante contra la cual se haya dirigido la queja haya declarado que reconoce la competencia de la Comisión para recibir tales solicitudes. Aquellas de las Altas Partes contratantes que haya hecho tal consideración se comprometerán a no obstaculizar en forma alguna el ejercicio de este derecho..." Artículo 46. "1. Cualquiera de las Altas Partes Contratantes podrá declarar en cualquier momento que reconoce como obligatoria *ipso facto* y sin convenio especial la jurisdicción de la Corte (Europea de Derechos Humanos) en todos los asuntos relativos a la interpretación y aplicación de la presente Convenciones. 2. Las declaraciones a que hace referencia el párrafo anterior podrán hacerse incondicionalmente o bajo condición de reciprocidad por parte de varias o determinadas Altas Partes Contratantes, o por determinado tiempo..."

d) Jauernig manifiesta que tanto la Convención Europea como su primer Protocolo Adicional de 20 de marzo de 1952,⁹³ fueron incorporadas al derecho federal alemán por leyes de 7 agosto de 1952 y 3 de septiembre de 1953, y como tales obligan directamente a los tribunales, pero sólo en su calidad de ordenamientos de carácter federal, subordinados a la Constitución, por lo que se ha presentado la duda de que pueden ser derogadas por leyes federales posteriores, en tanto que las disposiciones de la Declaración Universal, de diciembre de 1948, no tienen efecto directo en el régimen interno de la República Federal, pero debe tomarse en cuenta que sus principios generales, en todo caso constituyen bases del derecho de la propia República Federal.⁹⁴

e) Según Jolowicz, la Declaración Universal y la Convención Europea, ya mencionadas, no forman parte del derecho inglés aun cuando el Reino Unido ha ratificado dichas convenciones; pues contrariamente a lo que ocurre con otros países pertenecientes al Consejo de Europa, se requiere de una ley expresa del Parlamento que incorpore dichas disposiciones al derecho interno, lo que no ha ocurrido hasta la fecha, por lo que los particulares no pueden invocar ante un tribunal inglés los derechos que otorgan dichas convenciones.

9. Conclusiones

Las conclusiones concretas que pueden sustentarse, como resultado del análisis de las diversas ponencias nacionales, pueden sintetizarse como sigue:

a) No es suficiente la consagración de los derechos humanos en los textos de las constituciones para que su eficacia quede asegurada en la práctica, sino que se requiere del establecimiento de instrumentos procesales para prevenir o reparar la violación de los propios derechos.

b) La violación de los derechos fundamentales, de la persona humana, tanto en su aspecto individual y con mayor razón en su dimensión social, trasciende la esfera jurídica de los titulares de los propios derechos, afectando, según su gravedad a un sector de la comunidad o, inclusive, de la sociedad en su conjunto.

c) Los instrumentos de carácter procesal, que se han estructurado en los ordenamientos contemporáneos, pueden clasificarse en dos grandes cate-

⁹³ En este Protocolo adicional se consiguieron además de los derechos reconocidos en la Convención de Roma, los derechos de propiedad, de educación y de elecciones libres, cfr. A. H. Robertson, *Human Rights in Europe*, Manchester, 1963, pp. 31-42.

⁹⁴ En efecto, en el artículo primero de la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania, se dispone: "1. La dignidad de la persona humana es sagrada. Todos los órganos del poder público tienen la obligación de respetarla y protegerla. 2. El pueblo alemán reconoce, por tanto, la existencia de derechos inviolables del hombre como base de toda comunidad humana, de la paz y de la justicia en el mundo. 3. Los derechos fundamentales enunciados a continuación tienen valor de derecho directamente aplicable, obligando al legislador, a la administración y a los tribunales."

gorías: la primera de las cuales está constituida por aquellos que en defecto o como complemento de instrumentos específicos se utilizan para la tutela de los derechos humanos, y que pueden considerarse como "medios indirectos", los que en esencia están integrados por el proceso ordinario en todas sus ramas, pero particularmente el enjuiciamiento penal, ya que los derechos procesales del acusado se encuentran consagrados generalmente en los textos constitucionales; en la misma dirección también podemos señalar las llamadas garantías constitucionales del proceso, tanto las de carácter judicial, como las procesales en sentido estricto y, finalmente, la justicia administrativa.

d) Debido a la necesidad de que la tutela de los derechos humanos pueda traducirse en la reparación, y mejor aún, en la prevención de las violaciones que puedan realizar tanto las autoridades como los grupos de carácter social, se está imponiendo la introducción o perfeccionamiento de instrumentos específicos, que se traduzcan en un procedimiento rápido, breve y eficaz, y entre dichos medios tutelares podemos mencionar al recurso o proceso de *habeas corpus*, que tuvo su origen en el derecho angloamericano pero que está adquiriendo un alcance general, al menos en los ordenamientos de Occidente, como instrumento de tutela de la libertad física; el recurso, acción o juicio de amparo, que ha tenido su origen en el derecho mexicano y se está imponiendo lenta pero seguramente en Latinoamérica para la protección de todos los derechos del hombre consagrados constitucionalmente, con excepción de la libertad que se protege por el *habeas corpus*; el *mandado de segurança* brasileño, que tiene muchos puntos de contacto con el amparo, el recurso constitucional (*Verfassungsbeschwerde*), que ha alcanzado un alto grado de perfeccionamiento en el derecho de la República Federal de Alemania; y, finalmente, el control judicial de la constitucionalidad de las leyes.

e) Por lo que se refiere al citado control de la constitucionalidad de las leyes, se ha advertido la superioridad de la revisión judicial sobre la encomendada a los órganos de tipo político, y en cuanto a la primera se advierte un doble sistema: el calificado como "americano", que se caracteriza por encomendar a todos los tribunales la función de conocer y decidir en los casos concretos sometidos a su conocimiento, sobre las cuestiones de la constitucionalidad de las disposiciones aplicables, cuestiones que pueden ser planteadas por las partes o de oficio por el juzgador; y el denominado sistema "austriaco", el cual se distingue por la existencia de un tribunal constitucional específico que es el único que está facultado para decidir sobre la constitucionalidad de las leyes con efectos generales, es decir, *erga omnes*.

f) Aun cuando desde el punto de vista conceptual el sistema americano tiene como características principales el de planteamiento y resolución incidental de las cuestiones de inconstitucionalidad, con efectos para el caso concreto en el cual han surgido dichas cuestiones, y el "austriaco" por la existencia de un proceso principal sobre materia constitucional, ini-

ciado en vía de acción, cuya sentencia se traduce en la pérdida de eficacia general del ordenamiento que se considera como inconstitucional; en la práctica ambos sistemas se han venido combinando, de tal manera que en los dos existe la posibilidad de un planteamiento principal o incidental, y la sentencia lo mismo puede traducirse en la desaplicación en el caso concreto que en la anulación general del ordenamiento combatido, observándose en Latinoamérica, en cuyos ordenamientos predomina el criterio tradicional de los efectos particulares, una tendencia hacia la declaración general de inconstitucionalidad, como lo demuestra la acción popular de Colombia, Venezuela, Panamá y El Salvador y la Corte de Constitucionalidad de Guatemala, sin que por ello se abandone la desaplicación particular.

g) Las frecuentes declaraciones de emergencia o de estado de sitio, particularmente en los países latinoamericanos, se traducen tanto en una restricción de los derechos humanos como en la suspensión o limitación de los instrumentos procesales que están dirigidos a su tutela, restricciones que en numerosas ocasiones son desorbitadas respecto a las situaciones que se pretenden combatir; por lo que resulta indispensable que los tribunales tengan la posibilidad de resolver sobre los límites de las facultades discretionales que se otorgan durante las propias situaciones de emergencia, aun cuando no puedan calificar los motivos políticos de las medidas citadas de excepción.

h) No resultan admisibles las disposiciones que se han introducido en varios países con motivo de situaciones de emergencia, para someter a los tribunales militares el conocimiento de ciertos delitos de carácter político que se imputan a civiles, ya que además de violarse el principio fundamental consagrado en la mayoría de las constituciones contemporáneas, del derecho al juez natural, el enjuiciamiento castrense limita considerablemente la defensa del acusado.

i) Se advierte también la necesidad de que se hagan efectivas las disposiciones contenidas en los convenios internacionales sobre derechos humanos, pues si bien se han ratificado por la mayoría de los países cuyos informes se analizan, sin embargo, no se aplican por las jurisdicciones nacionales, no obstante que dichos documentos regulan instrumentos de carácter procesal, no sólo en el ámbito internacional, sino también como medios internos de protección de los derechos del hombre, que de ser realizados se traducirían en el perfeccionamiento y en la uniformación de los mismos instrumentos, así sea en un ámbito regional.