

MIGUEL ÁNGEL EKMEKDJIAN y RAÚL GUSTAVO FERREYRA (coords.): *La reforma constitucional de 1994*, Depalma, Buenos Aires, 2000.

Por JOSÉ JULIO FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ \*

1. Bajo la coordinación de Miguel Ángel Ekmekdjian, cuya reciente desaparición ha llenado de luto al mundo jurídico hispanoamericano, y de Raúl Gustavo Ferreyra, la editorial bonaerense Depalma nos ofrece un exhaustivo y, a la vez, riguroso, recorrido por la reforma que en 1994 sufrió la Constitución argentina. Para este colectivo se han reunido una serie de plumas relacionadas, de una u otra forma, con la Cátedra de Derecho Constitucional Argentino de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires. El libro se ha publicado en el año 2000, lo que permite que la visión de lo que fueron y supusieron los cambios de 1994 ya sea, al menos en teoría, más reflexiva y asentada.

El enfoque que se emplea persigue tener amplias miras, como ya se colige del subtítulo de la obra («influencia en el sistema republicano y democrático»). Éste es el elemento de fondo que pretende dar unidad a la finalidad investigadora del libro, y que se cita literalmente en el prólogo y en el primer trabajo de la misma («expresar nuestra opinión con respecto a la reforma constitucional de 1994 y su influencia —positiva o negativa— en los significantes republicanos y democráticos», p. VIII; «la tónica general a la

que responde esta obra está referida a la influencia que puede haber tenido, o no, la reforma constitucional de 1994 en el sistema democrático y republicano», p. 1). De este modo, cada autor analiza una institución afectada por la aludida reforma desde ese punto de vista, dando lugar, así, a posturas diversas sobre los cambios de 1994, a veces positivas, en otras ocasiones negativas. Con esta forma de proceder, en opinión de Ekmekdjian, «están dados todos los elementos para que el lector extraiga sus propias conclusiones, a favor o en contra de aquella, total o parcialmente» (prólogo, p. IX). Lo que se busca de manera explícita es cotejar la adecuación de la reforma de 1994 a una especie de ideales que se sintetizan en las nociones de república y democracia. Ambas se usan con un marcado carácter axiológico y se entiende que atesoran los elementos a perseguir en un sistema jurídico-político paradigmático, lo cual, por otra parte, no deja de tener ciertas dosis de ingenuidad.

Pesan en el ánimo de los autores las épocas antidemocráticas que se vivieron en el país, lo que provoca que el libro no haya sido entendido como un simple análisis jurídico sino que también se le intente dotar de un acusado sentido sociopolítico que sirva para el

---

\* Profesor Ayudante de Derecho Constitucional. Universidad de Santiago de Compostela.

fomento de las ideas de libertad. Dicho deseo lo recoge con vehemencia Ekmekdjian: «Creo interpretar el deseo de todos los autores que participan en esta obra al afirmar que si ella sirve para expandir, siquiera algunos centímetros, el espacio de la libertad, frenando correlativamente al poder, nos damos por recompensados con usura por el esfuerzo realizado» (prólogo, p. X). El punto de partida de esta reflexión es la idea de que el poder y la libertad son conceptos antitéticos, por lo que el aumento de uno origina la mengua del otro. Ello es, creemos, una simplificación excesiva, más bien errónea en términos de ideas generales, pero que puede aceptarse en este momento dada la finalidad y el contexto en que se produce.

2. Los trabajos que se ofrecen son dieciséis, correspondiendo cada uno a un autor diferente, a saber: «Democracia, República y gobiernos *de facto* en la reforma constitucional de 1994» (Miguel Ángel Ekmekdjian); «Acrecimiento de derechos y garantías y creación de órganos de control en la reforma constitucional de 1994. Su influencia en el sistema democrático y republicano» (Beatriz A. Lice); «El voto obligatorio» (Horacio Ricardo Bermúdez); «Los partidos políticos en la reforma de 1994. Hacia la corporativización de la representación política» (Alfredo M. Vitolo); «Las formas semidirectas de participación política en la reforma constitucional de 1994» (María Cristina Serrano); «El régimen del amparo y la defensa del Derecho de la Constitución» (Raúl Gustavo Ferreyra); «Los derechos de incidencia colectiva general» (Andrés Gil Domínguez); «El hábeas data en la reforma constitucional de 1994» (Oscar Bergallo); «Claroscuros en los roles del Congreso de la nación argentina luego de operada la reforma constitucional de 1994. ¿Atenuación del régimen presidencialista?» (Eduardo Pablo Ji-

ménez); «La reforma del Senado. Reflexiones sobre la reforma constitucional de 1994 y los principios del sistema democrático» (Fermín Pedro Ubertone); «Tratados internacionales» (Miguel Ángel Perrotta); «Presidencialismo» (Mirtha Abad); «Las urgencias del Poder Ejecutivo» (Diego Fernando Miceli); «Inamovilidad de los jueces, la cláusula de los 75 años y el caso «Fayt»» (Adrián Ventura); «El Consejo de la magistratura y el sistema de la Constitución Nacional» (Julio Nicolás Sissini); y, por último, «El Ministerio Público» (Daniel Horacio Cas-sani).

Aunque puede decirse que, tras un trabajo inicial de corte general, la primera mitad del libro se dedica a la parte dogmática y la segunda a la parte orgánica, se echa en falta una agrupación de los capítulos en unidades temáticas más amplias, lo que le hubiera dado una estructura en mayor grado útil y coherente para el lector. El criterio ordenador pudo haber sido más riguroso. Además, hubiera sido preferible que se adoptara una forma homogénea de rotular los distintos trabajos. Igualmente, algunos de los diversos temas analizados presentan unas diferencias de amplitud tan importantes que ello también influye de manera negativa en el conjunto de la obra. Todo esto no prejuzga el riguroso análisis y contenido de la obra pero sí dificulta la labor del lector, que tiene que enfrentarse a un colectivo firmado por un importante número de autores, con las diferencias que ello forzosamente ya origina entre sus distintas partes. La ausencia de índice analítico al final y de un índice más esquemático tampoco ayuda a que el lector se haga una rápida composición de lugar.

3. El comienzo del libro, como ya dije, está reservado a un trabajo de corte general donde el prof. Ekmekdjian expone el contenido de los conceptos de democracia y república, que

hay que presuponer que suscriben el resto de autores. Era obligatorio abrir así la obra dada la mencionada finalidad que se persigue con ella de analizar la influencia de la reforma en ambas ideas. El concepto que se emplea de democracia parece en exceso restrictivo pues se limita a una mera participación electoral que desconoce la noción de democracia como proceso continuo<sup>1</sup>. No obstante, la postura a favor de la democracia es una postura desde la militancia y desde un firme convencimiento de sus virtudes. La idea de república supone, en opinión de este autor, una serie de notas como las de que todo cargo público surge del sufragio, de responsabilidad de los representantes, de periodicidad de los cargos, de publicidad de los actos del gobierno (aunque se dice que, en muy contados casos, se puede aceptar el secreto de las leyes —*sic!*—, p. 10), y de división de poderes. En una línea similar se expresa, en el tercio final del libro, Abad (pp. 339 y ss.)

De igual forma, en este primer trabajo, se reflexiona sobre la quiebra o alteración del orden constitucional al hilo de los llamados gobiernos «de facto», o sea, los períodos de autoritarismo, que por desgracia están presentes en demasía en la Historia argentina. Respecto a ellos, la reforma de 1994 ha introducido una previsión dotada, tal vez, de alto contenido político pero también de absoluta inutilidad jurídica al desconocer el axioma del Derecho germánico «*silent leges inter arma*». Nos referimos al art. 36, en donde se puede leer que «esta Consti-

tución mantendrá su imperio aun cuando se interrumpiere su observancia por actos de fuerza contra el orden institucional y el sistema democrático», a lo que se añade que «estos actos serán insanablemente nulos»<sup>2</sup>. Pese a todo, Ekmekdjian valora de manera positiva esta previsión. Su operatividad la ve cuando las disposiciones constitucionales retomen vigencia. Más adelante, Alice también juzga en el mismo sentido esta norma al creer que supone un afianzamiento del sistema democrático (pp. 38 y ss.). Además, este art. 36 prevé diversas sanciones penales para los autores de tales actos y otorga a los ciudadanos el derecho de resistencia frente a ellos, que para el coordinador también incluye el de desobediencia civil.

El resto de los trabajos se dedican a analizar un aspecto de la reforma de 1994, aunque no se llega a tratar ésta en toda su extensión. En ningún caso los análisis de la cuestión reformada se producen directa y aisladamente sino que se hace un esfuerzo para encuadrar el tema correspondiente en el adecuado marco conceptual, histórico, comparado y jurisprudencial. Esto, por momentos, asume tanta centralidad que parece lo primordial en algunas colaboraciones, con lo que la nueva previsión constitucional queda, en esas partes, en un segundo plano. Ello no es forzosamente negativo aunque sí fomenta los problemas estructurales ya indicados. Asimismo, origina que se produzcan diversas reiteraciones en el objeto de análisis. Sea como fuere, no ceñirse en exclusiva a los comentarios

<sup>1</sup> Aunque bien es cierto que más adelante otros autores del libro se alejan de una concepción limitada de democracia. Es el caso de Serrano que señala que la participación «no puede quedar limitada, de ninguna manera, a la emisión del voto para la elección de representantes, sino que debe ser más activa y directa» (p. 119); o de Abad, que repasa las características de la democracia liberal-occidental (pp. 336 y ss.). Por su parte, Übertone va a entender la democracia como «aquel sistema político en el que tienen efectiva vigencia los principios de gobierno del pueblo, pluralismo político, dignidad del ser humano e imperio de la ley» (p. 297).

<sup>2</sup> En un sentido similar tenemos las constituciones de México (art. 136), República Dominicana (art. 99), Uruguay (art. 330) y Venezuela (art. 250).

positivistas sino tener en cuenta, además, la jurisprudencia y doctrina supone utilizar los tres elementos claves para un análisis jurídico que persiga profundidad.

4. La Constitución argentina, un auténtico hito en el mundo jurídico hispanoamericano, data de 1853, habiendo sido sometida a reformas los años 1860, 1866, 1898, 1957 y 1994. Ella ha sido en buena medida la responsable de que la tradición jurídica argentina, en gran parte, presente honda raigambre democrática y solidez técnica, a pesar de que la práctica del ejercicio del poder discurriera durante muchos períodos por los predios del autoritarismo. Quizá ha sido el peso de la histórica tradición constitucional la que llevó a tildar la obra de la Convención Constituyente de 1994 como de mera reforma de la Carta Magna y no como la asunción de una nueva Constitución. Los cambios a los que se sometió pudieron dar lugar a ello pues, como es de sobra conocido, la construcción dogmática de la Teoría de la Constitución establece que una reforma tiene sus límites, más allá de los cuales estamos realmente ante una nueva Constitución a pesar del *nomen iuris* con el que se rotule el cambio<sup>3</sup>. Y ello no es un simple juego verbal sino que tiene consecuencias de fondo. La reforma supone la actuación del poder de reforma constitucional, que permite la permanencia en el tiempo del poder constituyente que aprobó la Norma Básica de que se trate. Así las

cosas, esta reforma tiene sus límites y sólo puede llevarse a cabo a través del procedimiento que la propia Constitución contempla. En cambio, elaborar otra Constitución supone el ejercicio de la soberanía de un nuevo poder constituyente, por lo que los límites no existen (salvo los que ya se integran en el concepto liberal-democrático de Carta Magna, que es el que se ha impuesto). Sorprende que no haya más referencias a esta cuestión en la obra que la que se encuentra, o, mejor dicho, atisba, en la p. 140, aunque para negar la existencia de una nueva Constitución<sup>4</sup>. La dimensión del cambio es evidente y ha dado lugar a una modificación sustancial del conjunto normativo<sup>5</sup>.

Los propios reformadores-constituyentes tenían conciencia de la amplitud del cambio y, quizá, de estar elaborando una verdadera nueva Ley Básica por lo que no siguieron estrictamente los procedimientos previstos en el anterior art. 71 de la Constitución. De este modo, el proyecto de lo que sería la Ley 24.309, de declaración de necesidad de la reforma, lo modificó la Cámara revisora, es decir, el Senado, en lo relativo a la duración del mandato de los senadores, y no volvió, como exigía la anterior normativa constitucional, a la Cámara iniciadora, o sea, a la Cámara de Diputados. El Ejecutivo promulgó la ley tal y como la había aprobado el Senado. Ello es objeto de crítica en la obra que comentamos (p. 31 y p. 290). No obstante,

<sup>3</sup> Son clásicas en este sentido las reflexiones de Schmitt sobre las diferencias entre los conceptos de reforma de la Constitución, ruptura, suspensión, conflicto y traición, y sobre los límites de los cambios constitucionales (CARL SCHMITT, *Verfassungslehre*, Duncker & Humblot, Berlín, 1954, pp. 99 y ss.; en castellano, *Teoría de la Constitución*, Alianza, Madrid, 1982, pp. 115 y ss.).

<sup>4</sup> Así es, Ferreyra, en afirmación alambicada, dice que «el correcto auscultamiento de la anatomía jurídica de la Ley Fundamental argentina no autoriza a sostener que la "reforma" haya generado una "nueva Constitución"». A lo que añade que no se ha modificado de manera radical la estructura y contenido del antiguo texto.

<sup>5</sup> En la misma obra recensionada se admite tal envergadura pues Alice indica que la reforma «no se circunscribió a uno o varios institutos, sino que las reformas se desplegaron, como varillas de un abanico, a la integralidad del texto» (p. 52).

la Corte Suprema, en un exceso de formalismo desconocedor de lo que es el poder constituyente, sí va a entender la reforma como verdaderamente eso y declarar nulo el cambio que introduce el art. 99.4° acotando la inamovilidad judicial (caso «Fayt», de 19 de agosto de 1999).

Un elevado consenso presidió este proceso que formalmente se inicia con el Pacto de Olivos, suscrito el 14 de noviembre de 1993 por Menem, representando al Partido Justicialista, y por Alfonsín, en nombre de la Unión Cívico Radical<sup>6</sup>. Sin duda, esta búsqueda de consenso es un correcto planteamiento político de la reforma. Gracias a ello se obtendrían después los votos necesarios para sacar adelante la Ley de declaración de necesidad de la reforma, de 31 de diciembre de 1993. En el Pacto de Olivos se recogen los objetivos a perseguir, y que se reiterarían en la susodicha ley, entre los que hay que destacar la consolidación del sistema democrático, el perfeccionamiento del equilibrio entre poderes (lo que, como veremos, no se va a conseguir), el afianzamiento de la independencia judicial y el fortalecimiento de los órganos de control. En opinión de Abad, tanto el susodicho Pacto como la mencionada Ley buscaron enmascarar el verdadero móvil que impulsaba a Menem: posibilitar la reelección presidencial (p. 357). Por ello, insiste, la reforma va a carecer de la necesaria profundidad y futuridad. Realmente parece que existían pocas dudas acerca de este «objetivo político que se había trazado el oficialismo» de lograr la reelección presidencial<sup>7</sup>.

El resultado final es una Constitución con 129 artículos, que son 130 por la existencia de un art. 14 bis, lo

que supone un aumento en numeración y extensión real respecto al texto anterior, que sumaba 110. Asimismo, se han sustituido más de la mitad de los preceptos. Todo ello conforma una alteración mucho mayor de la que cabría prever en el Pacto de Olivos y arroja un resultado demasiado voluminoso que en ocasiones desconoce las diferencias existentes entre la técnica legislativa ordinaria y la técnica normativa constitucional. Esto lleva a Ekmekdjian a tildar la reforma, no sin razón, de «sobreabundante» (p. 32), a Alice a achacarle «reiteraciones innecesarias, contenidos mal ordenados y pero ubicados» (p. 55), y a Ferreyra a hablar de «lo abigarrado de la textura normativa» (p. 141).

5. Los cambios introducidos en 1994 afectaron tanto a la parte dogmática como orgánica del texto constitucional. La parte dogmática va a ver incorporado un nuevo capítulo que lleva por título «Nuevos derechos y garantías». El antiguo capítulo concerniente a «Declaraciones, derechos y garantías» permanecerá inalterado, pues la Ley 24.309 prohibía expresamente su modificación. El aumento de lo concerniente a los derechos y garantías es comentado en el libro colectivo por Alice, en un trabajo que también es un acercamiento y valoración general de toda la reforma. Esta autora va a destacar cómo en 1994 se avanza en el camino abierto en la reforma de 1957 respecto a la titularidad de los derechos y cómo se profundiza en el tema de la igualdad superando la mera igualdad formal existente en el anterior texto para recoger expresiones tales como la «igualdad real de oportunidades» (art. 37, art. 75.23°), «igualdad de oportunidades y posibilidades, sin dis-

<sup>6</sup> Un estudio del proceso que llevó a este Pacto puede verse en ALBERTO MANUEL GARCÍA LEMA, *La reforma por dentro*, Planeta, Buenos Aires, 1994.

<sup>7</sup> MARÍA ANGÉLICA GELLI, «El Ministerio Público y el Defensor del Pueblo en la Constitución argentina», *Cuadernos constitucionales México-Centroamérica*, núm. 19, UNAM, México D. F., 1996, p. 83.

crimación alguna (art. 75.19), o «condiciones de trato equitativo y digno» (art. 42). De idéntica manera, la participación, transcendental en un sistema democrático, resulta intensificada a través de las asociaciones de consumidores y usuarios (art. 42), de los pueblos aborígenes (art. 75.17), de la familia y de la sociedad (art. 75.19), además, claro está, de la garantía del pleno ejercicio de los derechos políticos (art. 37). Al mismo tiempo, la reforma de 1994 también profundiza en el camino de las obligaciones y deberes constitucionales al establecer, por ejemplo, el deber de todos los habitantes de preservar el medio ambiente (art. 41). De todos modos, se echa en falta un estudio más sistemático y profundo en este importantísimo tema de los derechos fundamentales habida cuenta los distintos aspectos que presenta en la reforma de 1994, entre los que también se hallan diversos problemas de articulación técnica. El propio Ekmekdjian considera no operativas muchas de las cláusulas del Capítulo de los «Nuevos derechos y garantías» (p. 33).

En cambio, en este libro colectivo sí han recibido mayor tratamiento las cuestiones relativas a la participación política y representación. Así, se estudia el voto obligatorio, los partidos políticos y las formas semidirectas de participación política. El derecho de sufragio no estaba recogido expresamente en el texto constitucional primitivo pero se podía inferir del mismo a través del principio de soberanía popular y de la forma republicana de gobierno. En 1912 la legislación ordinaria establecería la obligatoriedad del voto, por razones meramente circunstanciales y no como consecuencia de «un principio general y permanente» (Bermúdez, p. 66). Con posterioridad, en 1993, la Corte Suprema de Justicia tendría la oportunidad de pronunciarse a favor de la constitucionalidad del

voto obligatorio en el caso «Esquivel». Ahora se recoge a nivel constitucional el derecho de sufragio, que se califica como universal, igual, secreto y obligatorio (art. 37), obligatoriedad que también se halla en el art. 32 de la Declaración Americana de Deberes y Derechos del Hombre. Frente a ello, Bermúdez, en el trabajo sobre este tema, entiende que es una sinrazón seguir manteniendo en la actualidad tal obligatoriedad. Las razones que aduce son diversas, entre las que podemos destacar la poca eficacia de esa medida para asegurar la concurrencia a los comicios y para motivar la participación política (pp. 83 y ss.), aunque se echa de menos una mayor reflexión sobre la relación entre las nociones de derecho y obligación y los problemas técnicos que supone predicarlas de una misma figura. De idéntica manera, cree que el lugar para este tipo de regulaciones es el infraconstitucional por lo que la nueva previsión en la Carta Magna la entiende inadecuada.

Los partidos políticos también han sido constitucionalizados en 1994, recibiendo la calificación de «instituciones fundamentales del sistema democrático» (art. 38). La valoración que de esta incorporación hace Vítolo es en parte negativa por considerar que «la forma de inclusión ha sido errónea» (p. 94). Para ello se funda en que en la actualidad el representante lo es del partido y no del pueblo. Este autor aprovecha la ocasión para pasar revista a diversos conceptos conectados con la democracia representativa, si bien estas digresiones resultan excesivas. La crítica la centra en el papel del partido como corporación, lo que aleja al representante del cuerpo electoral y hace surgir un elemento que desvirtúa el sistema representativo: la disciplina partidaria. Así las cosas, afirma que la reforma constitucional va a recoger los elementos corporativos contra los que arremete, en especial la competencia

de los partidos «para la postulación de candidatos a cargos públicos electivos» (art. 38), una expresión que dada la ambigüedad que presenta puede ser interpretada con el objeto de otorgar a los partidos el monopolio en la presentación de candidatos<sup>8</sup>. Ello implicaría «la oligarquización definitiva de la vida política y del Estado» (p. 110).

En cuanto a las formas semidirectas de participación política, Serrano, tras, de nuevo, ofrecer una serie de conceptos, se centra en la incorporación en 1994 de la iniciativa popular, que permite a los ciudadanos presentar proyectos de ley en la Cámara de Diputados (art. 39, desarrollado por la Ley 24.747, de 27 de noviembre), y la consulta popular, que posibilita, además de una consulta no vinculante, someter a consulta popular un proyecto de ley de forma tal que si el voto es afirmativo se convertirá en ley (art. 40, todavía sin desarrollar). La conclusión, esta vez, es positiva al abrirse nuevos canales de participación y robustecerse el componente democrático del sistema constitucional, entre otras muchas razones que siguen la misma línea (pp. 135 y ss.).

Los denominados «derechos de incidencia colectiva» también han despertado el interés de los autores del colectivo. De esta forma, Gil Domínguez destaca cómo la reforma profundizó en el constitucionalismo social ofreciendo un modelo de Estado Democrático de Derecho. Para responder a las nuevas necesidades sociales, el constituyente de 1994 incorpora «situaciones colectivas (discriminación y derechos que protegen el ambiente, la competencia, al usuario y al consumidor), a la vez

que alojó una fórmula residual que pudiera dar cabida a nuevas situaciones colectivas (derechos de incidencia colectiva en general)» (p. 232). Lo primero se conecta con los derechos de tercera generación, lo segundo parece llevar a la idea de intereses difusos. La extensión en la legitimación para interponer la acción de amparo permite dar posibilidades de protección a estas situaciones. Sin embargo, las cosas se llevan hasta extremos que agreden a la seguridad jurídica y relativizan toda noción de derecho. Esto creemos que sucede cuando se dice que «la legalidad constitucional es un derecho de incidencia colectiva en general, y, consecuentemente, cuando dicha legalidad es conculcada, se entiende por afectado con legitimación procesal para promover acción de amparo, a todo habitante de la Nación» (p. 241). Subyace una confusión entre lo que es un derecho y un principio.

6. Respecto a la protección de los derechos, la reforma estudiada ha incidido de modo particular ya que se han incorporado expresamente tres garantías de Derecho Procesal Constitucional, el amparo, el *habeas corpus* y el *habeas data*, en una norma que la doctrina entiende autoaplicativa<sup>9</sup>. La acción de amparo puede ser interpuesta por cualquier persona, «siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altera o amenace (...) derechos y garantías» previstos en la Constitución, un tratado o una ley (art. 43). El *habeas corpus* procede cuando el derecho puesto en tela de juicio sea la

<sup>8</sup> Esto encontraría en el art. 54 caldo de cultivo para ser corroborado (en la elección a senadores, tres por provincia, corresponderán dos bandas —escaños— «al partido político que obtenga mayor número de votos y la restante al partido político que le siga en número de votos» —parece que el escaño es del partido y no del representante electo!—).

<sup>9</sup> Por ejemplo, GERMÁN BIDART CAMPOS en «La defensa de la Constitucionalidad en Argentina», *Cuadernos constitucionales México-Centroamérica*, núm. 19, UNAM, México D. F., 1996, p. 9.

libertad física. El *habeas data*, a su vez, persigue el conocimiento de los datos referidos a la persona que interpone esta acción y de la finalidad de los mismos, «que consten en registros o bancos de datos públicos, o los privados destinados a proveer informes». «En caso de falsedad o discriminación» este remedio procesal posibilita «exigir la supresión, rectificación, confidencialidad o actualización» de tales datos (art. 43).

Esto no supone, ni mucho menos, una novedad en el mundo jurídico argentino, pues como es de sobra conocido su «amparo clásico» fue de origen jurisprudencial. Esta creación pretoriana se sitúa en los años cincuenta del siglo XX, principalmente a través de los *leading-cases* «Siri» y «Kot». Diez años más tarde el legislador ordinario lo recogió, de una forma restrictiva, en la Ley 16.986. Lo que surge en 1994 es una etapa nueva al incorporarse dicha acción al texto constitucional. Asimismo, aparecen una especie de amparos especiales que buscan proteger derechos de tercera generación («al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor», art. 43, párrafo segundo) y derechos de incidencia colectiva. Así las cosas, la valoración de esta medida es ciertamente positiva, lo que lleva a Ferreyra a afirmar que esta garantía «haya dejado de ser considerada "ultrarrestrictivamente" como ordenaban los viejos» preceptos legales (p. 159). Él aboga, terciando en la polémica doctrinal que existe al respecto, por entender que es una vía procesal alternativa, antes que principal o subsidiaria (p. 166).

Particular interés despierta el *habeas data*, pues, «con el auge de la infor-

mática, la intimidad puede verse afectada mediante el inmenso volumen de información que manejan bancos de datos públicos y privados» (Bergallo, p. 250). En esta acción habría dos fases: una en la que se produce la toma en conocimiento de los datos, y otra que persigue modificar el registro. La legitimación activa sólo es reconocida a la persona, física o jurídica, a la cual se refieren los datos. En opinión de este autor, la operatividad propia del art. 43 no impide que sea necesaria la reglamentación de este instituto (p. 263), ante lo cual ofrece una serie de elementos *de lege ferenda*. Sin duda una cosa es que un precepto constitucional sea directamente aplicable y otra que la eficacia plena de la figura exija desarrollo postconstitucional.

También debemos destacar, antes de pasar a otro punto, que en el citado nuevo art. 43 se autoriza al juez, en el marco de un juicio de amparo, a declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva. De esta forma, como indica Ferreyra, «la acción declarativa de inconstitucionalidad, cobijada en este caso dentro de la fisonomía de la acción de amparo, tiene (...) jerarquía constitucional en el ordenamiento argentino» (p. 148). Ello supone otra novedad pues la atribución judicial del control de constitucionalidad era hasta el momento de origen y desarrollo pretoriano, aunque se partía de la interpretación de los anteriores preceptos constitucionales. De esta forma, y dicho ahora de manera muy esquemática, se configuró un control difuso, por vía de excepción, a instancia de parte<sup>10</sup> y con efectos limitados al caso

<sup>10</sup> La doctrina abogó por la admisión del control de oficio de la constitucionalidad. Así, BIDART CAMPOS en *Régimen legal y jurisprudencial del amparo*, Ediar, Buenos Aires, 1968, pp. 141 y ss. Sin embargo, nosotros, como ya comentamos en otro lugar, creemos que, aunque ello no tiene por qué vulnerar la naturaleza atributiva de sus competencias e, incluso, pueda pensarse que entra en la referida idea de supremacía constitucional, sería contrario a la naturaleza jurisdiccional del órgano, que exige actuaciones rogadas, al tiempo que alteraría sobremanera el equilibrio en la distribución del poder. En el caso de po-



concreto. No obstante, y siguiendo a Bidart Campos, desde 1985, la Corte Suprema, va a admitir vías directas a través de la acción de amparo, el *habeas corpus*, el juicio sumario de inconstitucionalidad y la acción declarativa de certeza del art. 322 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación<sup>11</sup>. Tras la reforma de 1994 la regla sigue siendo la vía indirecta, aunque también cabe, en opinión de Ferreyra, la directa (pp. 184 y ss.). En la colaboración de este autor al libro ahora comentado se puede encontrar un exhaustivo examen de la evolución y cambios jurisprudenciales en el amparo y en la declaración de inconstitucionalidad, al margen de recoger la problemática del control de oficio, sobre el que la reforma no se ha pronunciado de manera expresa, aunque él es proclive a su admisión.

7. La parte orgánica la Constitución ha sufrido en 1994, igualmente, importantes cambios. Se han introducido diversos órganos, modificado ámbitos competenciales, buscado mayor eficiencia y generado relaciones orgánicas antes desconocidas.

El Defensor del Pueblo, por ejemplo, es un órgano que se incorpora *ex novo* al texto constitucional (art. 86) y al que se le dota de independencia y autonomía funcional. Su misión es tanto la defensa y protección de los derechos humanos y demás derechos constitucionales y legales frente a la Administración, como el «control del ejercicio de las funciones administrativas públicas». La designación y remoción le corresponde al Congreso por mayoría de dos tercios de los miembros presentes en cada una de las cámaras.

Al margen de ello, el resultado global de los cambios en esta parte no semejan positivos. Si bien uno de los objetivos recogidos en el Pacto de Olivos era la atenuación del presidencialismo, el resultado final del proceso de cambio lleva a todo lo contrario al fortalecer los poderes del Presidente de la República. Ekmekdjian, respecto a esto, habla de «cesarismo cuasi democrático» y hace una llamada de atención sobre el peligro que ello supone para el sistema republicano al no existir controles eficaces para limitar su poder (pp. 32-33). La práctica desviada de los decretos leyes, el veto parcial de las leyes y la legislación delegada son los recursos técnicos que alimentan esta situación y que en el libro recensado son tildados, sin duda exageradamente, de «aberrantes» (p. 34). A su vez, Jiménez se adscribe a la misma idea al señalar que el sistema se aferra al concepto de «personalización del poder» y que «nos hallamos ante un modelo presidencial real, efectivo y altamente reforzado» (p. 271). Por su parte, Abad considera que la reforma, en lo que respecta al presidencialismo, ha empobrecido los principios democráticos y republicanos.

Especial preocupación despierta la posibilidad de que el Ejecutivo pueda emitir los mencionados decretos de necesidad y urgencia, que son profusa y rigurosamente analizados por Miceli entrando en las muchas opciones interpretativas de los mismos. El nuevo art. 99 permite al Ejecutivo, cuando circunstancias excepcionales hicieran imposible seguir los trámites ordinarios previstos para la sanción de las leyes, dictar decretos por razones de necesi-

seer semejante «autolegitimación» estaríamos más bien ante un control de índole política (JOSÉ JULIO FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, «Aproximación a las técnicas de decisión del Consejo Constitucional francés», *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, núm. 18/19, Valencia, 1997).

<sup>11</sup> GERMÁN BIDART CAMPOS, *Manual de la Constitución reformada*, tomo I, Ediar, Buenos Aires, 1996, p. 360.

dad y urgencia. Resultan excluidas de esta posibilidad las materias penal, tributaria, electoral y el régimen de los partidos políticos. Parte de la doctrina se muestra contraria a este tipo de normas en un sistema presidencial<sup>12</sup>. De todas formas, muchas cuestiones no quedarán fijadas hasta el dictado de la ley especial que regule la intervención del Congreso en este tema.

La introducción de un Jefe de Gabinete de Ministros ha sido infructuosa desde el punto de vista de la atenuación del poder presidencial. Dicho cargo no parece más que un secretario del Presidente previsto en el texto constitucional, que éste nombra y remueve libremente (art. 99.7°), o «la de un ministro coordinador, sin cartera específica» (Abad, p. 354). Además, se considera que la moción de censura, tal y como está articulada (mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de ambas las cámaras —art. 101—), es de casi imposible realización práctica (Ekmekdjian, p. 33). Resulta en este sentido llamativo cómo la aprobación de una moción de censura contra el Jefe de Gabinete no implica al mismo tiempo la dimisión de los ministros. La razón de ello hay que buscarla en que la vida política de los ministros depende del Presidente de la República, que es el que los designa libremente.

De este modo, el papel final del Congreso, que es la calificación que se da a las dos cámaras, no semeja ser el que aparentemente se buscaba. El modelo argentino es bicameral con una Cámara de Diputados que representa proporcionalmente a la población y un Senado que representa, además, el equilibrio federal. A pesar de que tras 1994 el trabajo parlamentario se agilizó, se prolongaron las sesiones ordinarias y se introdujeron mayorías agravadas para ciertas leyes, «la arqui-

tectura del Congreso» —como bien dice Jiménez en su contribución— «se halla relativamente más debilitada» (p. 281). La posibilidad de delegación legislativa incide en esta línea. No obstante, hay en el nuevo sistema elementos aprovechables para aumentar la eficiencia del órgano legislativo que podrían ser utilizados (p. 286).

Las cuestiones relativas al Senado son comentadas por Ubertone, en un trabajo que en realidad debía haberse diseccionado en dos partes dada la cantidad de reflexiones generales que contiene (en especial sobre la democracia) y cuya ubicación adecuada sería el principio de la obra. Asistimos de nuevo a un problema de coordinación interna. La reforma de 1994 va a afectar tanto a la composición, como a las atribuciones y al funcionamiento de las cámaras del Congreso. La valoración que se hace de los cambios en la composición del Senado (elección directa, reducción del mandato de nueve a seis años, garantía de la presencia de partidos de la oposición) es positiva. El punto central de la modificación de las competencias del Senado va a ser la designación de los jueces de los tribunales inferiores (ahora el Senado sólo puede otorgar o no otorgar el acuerdo al candidato propuesto por el Ejecutivo, que procede de la terna ofrecida por el Consejo de la Magistratura). La evaluación de los cambios en las atribuciones y en el funcionamiento se considera todavía no posible por la falta de perspectiva temporal, aunque en conjunto el autor mantiene una opinión favorable a las modificaciones hechas (p. 316).

8. El tema de los tratados internacionales es objeto de tratamiento aislado en el libro, lo que se justifica por la «importancia y el progreso» que conllevaron las novedades incorporadas

<sup>12</sup> Por ejemplo, el coordinador de esta obra en su *Tratado de Derecho Constitucional*, tomo V, Depalma, Buenos Aires, 1999, pp. 86 y ss.

en la Constitución en este punto (Petrrotta, p. 322). Por una lado, se recogen una serie de tratados de derechos humanos para otorgarles carácter supralegal e infraconstitucional (art. 75. 22°); por otro, se prevén tratados de integración económica permitiendo que Argentina transfiera atribuciones a organismos supranacionales (art. 75.24°). La primera es una cuestión en la que el Derecho Comparado ofrece discrepancias y que el constituyente argentino prefirió resolver a través del principio de jerarquía en lugar del de competencia. Ésta era una postura que en 1992 ya había recogido la Corte Suprema (fallo «Ekmekdjian vs. Sofovich») rompiendo la posición tradicional de otorgar igual condición jerárquica a tratados y leyes. Estos tratados sobre derechos humanos serán complementarios a los derechos y garantías constitucionales. La segunda cuestión, los tratados de integración, es entendida como necesaria «para poder encarar seriamente la integración supranacional y, a consecuencia de ésta, del derecho comunitario» (p. 331). Sin embargo, el análisis de ello, pese a sus repercusiones y problemas jurídicos de articulación, apenas es perfilado en la obra.

9. Para hacer frente a la crisis de la justicia<sup>13</sup>, la reforma va a adoptar varias medidas: creación del Consejo de la Magistratura, modificación del régimen de designación y remoción de los jueces, y alejamiento del Ministerio Público de la órbita del Poder Ejecutivo (Cassani, pp. 456-457). El Consejo de la Magistratura es, por tanto, otro de los órganos creados en 1994 (art. 114). En su composición se debe

buscar el equilibrio entre la representación de los órganos políticos electivos, de los jueces de todas las instancias y de los abogados de la matrícula federal. Sus atribuciones son numerosas pues conciernen a la selección de magistrados de tribunales inferiores, propuestas en ternas vinculantes de nombramientos de dichos magistrados, administración de recursos y ejecución del presupuesto de la administración de justicia, ejercicio de facultades disciplinarias, emisión de reglamentos de organización judicial, etc. Analizando con elevado rigor esta reforma, Sisinni aprovecha la ocasión para pasar revista a la garantía de independencia del Poder Judicial, a la organización judicial, a la política de justicia y judicial, y a la ejecución de la política judicial. Asimismo, se acerca a la relación entre Consejo de la Magistratura y sistema de gobierno y a la idea de autogobierno del Poder Judicial como derivada del principio de independencia. La discutida inserción o no del Consejo en el Poder Judicial, motivada por el silencio constitucional en este punto, fue resuelta por la Ley 24.937, del Consejo de la Magistratura y Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados (Jurado que, por cierto, es otra novedad de 1994), al calificarlo de órgano permanente del Poder Judicial.

La controvertida cuestión de la inmovilidad de los jueces es objeto de un trabajo específico de Ventura. Como ya dijimos más arriba, la Corte Suprema, en el caso «Fayt», de 19 de agosto de 1999, va a declarar nula la modificación que la reforma de 1994 introdujo en este tema. En efecto, el art. 99.4° establece el límite de edad

<sup>13</sup> Como afirma PELLET LASTRA, el «cuestionamiento a algunos fallos de la Corte y a la conducta de algunos de los jueces federales (...) habían convertido al Judicial en el más polémico de los tres poderes cuando el presidente Menem y el expresidente Alfonsín comenzaron a discutir el texto del pacto político para reformar la Constitución» (ARTURO PELLET LASTRA, «La versión argentina del Consejo de la Magistratura y del *jury* de enjuiciamiento», *Cuadernos constitucionales México-Centroamérica*, núm. 19, UNAM, México D. F., 1996, p. 111).

de 75 años, pasado el cual es necesario un nuevo nombramiento para mantener el cargo<sup>14</sup>. La Corte, basándose en un formalismo que no asimila las connotaciones jurídico-políticas del poder constituyente derivado y sin reflexionar sobre cuál es su posición en el marco de los poderes constituidos, entiende que el procedimiento de reforma es una cuestión justiciable y que la Convención se excedió al no estar habilitada para modificar este tema (en el «Núcleo de coincidencias básicas» que recoge la Ley que declara la necesidad de reforma no hay mención alguna a la garantía de inamovilidad). Ventura juzga correcto este proceder, aunque reconoce que abre incertidumbres, pero cree «que seguir tolerando que un proceso de reforma constitucional esté exento de todo control judicial puede llevar a que una eventual Convención reformadora (...) lleve adelante una reforma de alcances absolutamente inciertos» (p. 411). De nuevo, parece que no se quiere considerar lo que es y supone el poder constituyente derivado y cómo puede ocultar en realidad un poder constituyente originario.

El Ministerio Público va a tener, por primera vez, reconocimiento constitucional con la reforma de 1994. Es un órgano independiente con autonomía funcional y autarquía financiera, cuya función es promover «la actuación de la justicia en defensa de la legalidad» y «de los intereses generales de la sociedad» (art. 120). Se entendió, como

apunta Cassani, que para defender con imparcialidad el interés público, el instituto no debía depender de ningún poder político, como garantía de neutralidad de cara a la sociedad» (p. 466). La Ley 24.946 desarrolla las previsiones de la Ley Fundamental.

10. Estamos, en suma, ante una obra de importante calado, que, más allá de los problemas estructurales que contiene, y de ciertas repeticiones y descompensaciones motivadas en buena medida por el gran número de autores que participan en ella, representa un destacado esfuerzo de propagación de la bondad de las ideas de democracia y libertad, al margen de ofrecernos una visión cabal de los cambios de 1994. El deseo de superar etapas más oscuras anima a los participantes en este colectivo a mirar hacia delante y confiar en que el sistema democrático se convierta en una constante necesidad para los distintos actores políticos argentinos. En esta labor las nuevas generaciones están llamadas a jugar un papel trascendental. Es precisamente desde la asunción de semejante afirmación donde se producen las apelaciones que en la obra se hacen a los jóvenes que integran la sociedad de este país hispanohablante<sup>15</sup>. Por todo ello, el libro no se limita a ser un árido comentario positivista de los cambios constitucionales sino que introduce elementos formativos (a veces un tanto simplistas), contextualizaciones conceptuales e histórico-políticas, líneas jurisprudenciales (im-

<sup>14</sup> El origen de esta previsión hay que buscarlo en la intención de la clase política de conseguir tres vacantes en la Corte Suprema para que pudieran ser nombrados otros magistrados más desligados del gobierno. Dos magistrados renunciaron, pero uno tercero (Ricardo Levene) se negó a renunciar. Por ello, la citada limitación de edad perseguía sacar al mencionado magistrado de la Corte. Este problema dice poco de la seriedad con que algunos encararon la reforma.

<sup>15</sup> Así, JIMÉNEZ: «Y las jóvenes generaciones venideras se constituirán (...) en las nuevas luces del sistema, que brillarán en el futuro Parlamento argentino, imaginado por nosotros como nutrido de integración homogénea, participativo, pluralista y con vocación de constituirse en adalid del control republicano, motor del freno frente al abuso» (p. 287). O Ubertone: «Confiamos en el futuro, en lo que va a hacer la generación que ahora es joven» (p. 292).

prescindibles para conocer la realidad jurídica argentina), precedentes, desarrollo postconstitucional, referencias al Derecho Comparado y continuas argumentaciones axiológicas. El resultado es un trabajo de elevado interés que incorpora dosis de utilidad para la construcción del proceso democrático. Es necesaria una labor de este tipo pues, como hemos visto, la reforma constitucional de 1994 presenta preocupantes sombras en el campo del equilibrio y control recíproco de poderes, que también hay que recordar junto al positivo avance experimentado en el reconocimiento y garantía de los derechos

fundamentales. Por ello, para Ekmekdjian, el balance final de la reforma «es negativo, porque las modificaciones producidas en la norma constitucional no han mejorado el sistema democrático y, sobre todo, han atenuado peligrosamente el sistema republicano, al acrecentar aún más las atribuciones, ya excesivas, del Poder Ejecutivo» (p. 34). No obstante, la clave estará realmente en la concreta dinámica institucional que genere la realidad política, aunque esta criticable construcción constitucional sea un riesgo cuya eliminación merecería otro deseable cambio de la Carta Magna.

GERARDO ETO CRUZ, *Régimen legal del habeas corpus y amparo*, Gaceta Jurídica, s/l. (Perú), 1999.

POR JOAQUÍN BRAGE CAMAZANO \*

1. En el libro que aquí vamos a comentar, Gerardo Eto Cruz estudia el hábeas corpus y el amparo en Perú, y ello con un detalle mayor del que podría inducir a pensar su modesto título, pues no se limita su autor a una exposición del régimen legal de estas acciones constitucionales de defensa de los derechos y libertades fundamentales en Perú, sino que formula objeciones, críticas y posibles vías de solución a algunos de los problemas que

dichas acciones plantean. En el libro se aborda, en realidad, un estudio de dos de los mecanismos procesales que, junto a la acción de cumplimiento y el hábeas data, configuran lo que podría llamarse, como hace el autor utilizando la célebre expresión de Cappelletti<sup>1</sup>, la «jurisdicción constitucional de la libertad» en Perú.

Sin entrar aquí en una definición precisa de la «jurisdicción constitucional de la libertad», lo que sí puede

\* Área de Derecho Constitucional, Universidad de Santiago de Compostela.

<sup>1</sup> Cfr. MAURO CAPPELLETTI, *La giurisdizione costituzionale delle libertà*, Giuffrè, Milán, 1955, del que hay traducción castellana de Héctor Fij Zamudio (UNAM, México, 1961). Pero, al día de hoy, sigue todavía faltando una elaboración y tratamiento en profundidad de la jurisdicción constitucional de la libertad como (posible) categoría dogmática de una Teoría de la Constitución, tarea que desde luego Cappelletti no llevaba a cabo en su citado libro. Por ello, sigue siendo cierta la apreciación de Cascajo Castro de que «la jurisdicción constitucional de la libertad no pasa de ser una expresión afortunada para designar lo que Fij Zamudio denomina medios procesales específicos de protección de los derechos fundamentales». JOSÉ LUIS CASCAJO CASTRO y VICENTE GIMENO SENDRA, *El recurso de amparo*, Tecnos, Madrid, 1985, p. 50. Véase, asimismo, el temprano trabajo de JOSÉ LUIS CASCAJO CASTRO, «La jurisdicción Constitucional de la libertad», *Revista de Estudios Políticos*, núm. 199, enero-febrero 1975, pp. 150 ss.

decirse es que la misma hace referencia a aquellos mecanismos procesales instituidos a nivel constitucional de modo específico para la protección de los derechos y libertades constitucionalmente garantizadas. Debe, sin embargo, reconocerse que no es posible en realidad establecer una contraposición entre la jurisdicción constitucional de la libertad y la jurisdicción constitucional que podríamos llamar objetiva, que vendría integrada, fundamentalmente, por la acción (o recurso) de inconstitucionalidad, la cuestión del mismo nombre y los conflictos constitucionales. Esta última sería «objetiva» en el sentido de que los mecanismos procesal-constitucionales que la integran no se dirigen a tutelar intereses o derechos subjetivos, sino que tienen como finalidad primigenia la salvaguarda de la supremacía constitucional. En la realidad, no obstante, las cosas no son tan sencillas, pues, por un lado, los mecanismos procesales que integran la jurisdicción constitucional de la libertad presentan siempre, junto a

su primordial dimensión subjetiva, una complementaria vertiente «objetiva»; y, por otro lado, los mecanismos de control «objetivo» de la constitucionalidad en ocasiones presentan también, por su parte, una importante dimensión subjetiva y, en cualquier caso, sirven casi siempre en último término para la protección de la libertad y ello, por cierto, no como un mero efecto reflejo no pretendido. Aun con estos matices, y otros muchos que habría que hacer, lo cierto es que la distinción, o contraposición, entre una jurisdicción constitucional de la libertad y otra jurisdicción constitucional «normativa» u «objetiva» (otros la llaman «orgánica») tiene una importante utilidad, siempre y cuando no se vea como contraposición absoluta o cualitativa, sino meramente cuantitativa, esto es, relativa a los elementos predominantes: objetivos o, por el contrario, de tutela de intereses subjetivos fundamentales<sup>2</sup>.

Una característica de la jurisdicción constitucional de la libertad es que, salvo alguna excepción<sup>3</sup>, se trata de

<sup>2</sup> Cuestión distinta es la de determinar cuál es el elemento predominante en cada sistema de jurisdicción constitucional: la tutela de derechos fundamentales o la tutela de la norma objetiva. En el sistema «kelseniano» o europeo originario, en contraposición al sistema americano, predominaría la tutela objetiva o normativa, si bien al poco tiempo comienza a evolucionar hacia la tutela subjetiva, lo que lo aproxima al sistema difuso, en el que siempre predominó la dimensión subjetiva. En realidad, esa evolución de la jurisdicción constitucional europea del momento originario puramente «kelseniano» a la situación actual no es más que un reflejo del cambio evolutivo que se produce en Europa del concepto de Constitución, asumiéndose el llamado concepto norteamericano de Constitución: la Constitución como norma vinculante consagrada no sólo de un sistema de gobierno, sino también de unos derechos fundamentales, a los que se extiende su fuerza normativa. No obstante, debe destacarse que, en contra de lo que a veces se cree, la protección de la libertad de expresión, la igualdad ante la ley y el debido proceso (con la transcendencia que tiene este *due process*, en su aspecto sustantivo, a través de la llamada «doctrina de la incorporación» de las distintas libertades) en EEUU no se inicia hasta bien entrada la tercera década de este siglo, limitándose antes la protección a ciertos derechos de carácter básicamente económico, especialmente el derecho a la propiedad y la libertad de empresa. Es sólo en 1938, con ocasión de la sentencia *United States v. Carolene Products Co.* cuando el Tribunal Supremo inaugura esa nueva etapa. En esa sentencia, como nos dicen Nowak y Rotunda, «la mayoría señaló que no podía continuar el rechazo del debido proceso sustantivo (substantive due process) en áreas que afectaban a garantías constitucionales específicas o a ciertos grupos minoritarios en situación de desventaja». JOHN E. NOWAK y RONALD D. ROTUNDA, *Constitutional Law*, West Publishing Co., Hornbook Series, St. Paul, Minnesota, 1991, p. 389.

<sup>3</sup> Es el caso de Costa Rica. En efecto, en este país la competencia tutelar de los derechos fundamentales corresponde a la Sala de lo Constitucional del Tribunal Supremo de

una jurisdicción «difusa», esto es, la tutela de los derechos fundamentales no es una competencia exclusiva del tribunal constitucional, allí donde lo haya, o de la Corte Suprema, sino que es una competencia compartida con los tribunales ordinarios o inferiores. A su través se ha insertado en los sistemas de control abstracto de la constitucionalidad un elemento «difuso». Pues bien, así ha ocurrido también en Perú, y el libro de Eto Cruz estudia dos de los componentes fundamentales de esta jurisdicción constitucional de la libertad en Perú: el hábeas corpus y el amparo. A continuación, comentaremos el tratamiento que da Eto Cruz a los aspectos más importantes de estas dos acciones constitucionales, para lo cual seguiremos un esquema de exposición tradicional (legitimación activa y pasiva, competencia, objeto, parámetro, procedimiento y efectos de las sentencias) que nos parece el más apropiado a los efectos de este breve comentario y que *grosso modo* es también el empleado por Gerardo Eto Cruz.

2. Empezando por la legitimación activa, debe señalarse que la misma, en el caso del hábeas corpus, se otorga no sólo al afectado (incluidos los niños o adolescentes), ni tampoco sólo a los que tengan algún interés legítimo, sino a cualquiera que lo interponga en nombre del perjudicado, sin necesidad de poder representativo ni de alegar ni acreditar ningún interés propio. También se legitima al Defensor del Pueblo, quien puede asimismo coadyuvar a la defensa del perjudicado<sup>4</sup>. Esta legitimación completamente abierta en

materia de hábeas corpus se explica sin duda por el carácter supremo y valor central de la libertad como derecho fundamental y la gravedad de toda medida de privación de la libertad, presupuesto de los demás derechos, pero sobre todo por el hecho de que el interesado no podrá, en buena parte de los casos de verdadera privación ilegítima de libertad, ejercitar la acción por sí mismo.

En cambio, respecto del amparo sólo aparece legitimado, en principio, el interesado o su apoderado, así como el Defensor del Pueblo. No obstante, se admite también que la acción la ejerza cualquiera en nombre del interesado, incluso sin poder expreso, situación que puede darse en caso de imposibilidad del agraviado (imposibilidad física, ausencia del lugar, atentado concurrente a la libertad individual o causas análogas), pero una vez desaparecida tal imposibilidad el agraviado habrá de ratificar el ejercicio de la acción por el tercero en un plazo fugaz y de modo expreso. Y en materia medioambiental, por tratarse de intereses difusos, cualquiera puede interponer la acción de amparo (amparo ecológico), también ONGs sin fines de lucro cuyo objeto sea la defensa del medio ambiente.

3. En cuanto a la legitimación pasiva, tanto en el caso del hábeas corpus como en el del amparo, la acción puede dirigirse no sólo frente a cualesquiera autoridades no públicas, sino también frente a particulares, siguiendo así una tradición que, en cuanto al hábeas corpus, se remonta a cierta

---

Justicia, que viene a ser —o a funcionar como— un Tribunal Constitucional. Se explica quizás por las reducidas dimensiones del país; no obstante, no es ésa la solución a la que se llega en otros Estados de dimensiones aun más reducidas, como es el caso de la Constitución andorrana, que prevé la tutela urgente y preferente «pels tribunals ordinaris» (artículo 41.1), sin perjuicio de un «procediment excepcional d'empara davant el Tribunal Constitucional» (artículo 41.2 CE), de carácter subsidiario.

<sup>4</sup> En el caso del hábeas corpus, respecto a los supuestos de terrorismo agravado se ha establecido por Decreto Legislativo la competencia del Juez Instructor militar, lo que Eto Cruz juzga inconstitucional.

jurisprudencia de los años cuarenta y que se consagró a nivel positivo en la Constitución de 1979. Cuestión distinta, y que no se aborda lógicamente en el libro dado su enfoque procesal, es la de la intensidad con que los derechos fundamentales, y cada uno de ellos en particular, sea oponible frente a particulares, pues la eficacia *inter privatos* de los derechos fundamentales no puede ser siempre igual a la que aquéllos despliegan frente a los poderes públicos.

4. Con relación a la competencia, corresponde en el caso del hábeas corpus al Juez especializado de Derecho Público en la capital y la Provincia Constitucional del Callao; y en los demás distritos judiciales a los Jueces Especializados Penales y, en su caso, al Juez Mixto. Lo mismo rige para el amparo con la variante de que en la segunda de las hipótesis la competencia corresponde al Juez Civil, y no Penal, o Mixto. Y en caso de que la lesión o amenaza de lesión del derecho constitucional de que se trate tenga su origen en una orden judicial, la competencia se atribuye a la Sala Superior de Derecho Público si es en Lima o el Callao y a la correspondiente Sala Especializada (Penal para el hábeas corpus, Civil para el amparo) o Mixta en

el caso de los demás Distritos Judiciales, la que, por su parte, designará al Juez Especializado (Penal para el hábeas corpus, Civil para el amparo) o Mixto.

5. Respecto del objeto protegido a través de estas acciones se trata de derechos constitucionales en ambos casos. Puede decirse que el amparo es la acción general, o residual si se quiere, para todos los derechos constitucionales<sup>5</sup> no protegidos por otras acciones<sup>6</sup>, y el hábeas corpus es una acción especial para la protección específica de la libertad física y todos los derechos con ella relacionados o conexos, para lo que el legislador sigue un criterio lato y considera, así, entre estos derechos a la libertad de conciencia y de creencia, la reserva sobre las propias convicciones, el no ser violentado para obtener declaraciones, etc. El parámetro de control vendría constituido por las normas que garanticen el derecho de que en cada caso se trate<sup>7</sup>. Respecto ya de los actos frente a los que protege el amparo, debe decirse que tanto en el caso del hábeas corpus como en el de la acción de amparo, la protección se otorga no sólo frente a los actos lesivos de tales derechos, sino también frente a las amenazas de violación del derecho de que en cada

<sup>5</sup> Eto Cruz dedica especial atención a la cuestión de los derechos constitucionales protegibles a través de esta acción, para lo que sigue un criterio latísimo y entiende, en suma, que pueden protegerse a través de esta acción también derechos reconocidos en la Constitución sólo de una manera tácita, así como derechos humanos extra-constitucionales (que, a su juicio, son también derechos fundamentales), bien reconocidos por la jurisprudencia ordinaria o constitucional, bien que deriven de la «dignidad del hombre» (y aquí incluye el autor a los derechos naturales, los morales, y los derechos del hombre), y también podrían protegerse por esta acción los llamados en Derecho Internacional de los derechos humanos «derechos del pueblo», concepto que Eto Cruz examina. Realiza el autor, además, en su obra un estudio detallado y exhaustivo acerca del concepto de derechos humanos y otros conceptos afines.

<sup>6</sup> Además del hábeas corpus, serían acciones constitucionales especiales la de cumplimiento (frente a omisiones legislativas o administrativas) y el hábeas data.

<sup>7</sup> Y sobre la relevancia práctica de la distinción entre el derecho constitucional y la norma constitucional que lo garantiza, véanse, para España, las SSTC 114/1995, de 6 de julio, FJ 2º y 78/1997, de 21 de abril, FJ 4º: «... la jurisdicción de amparo, en rigor, no ha sido constituida para reparar infracciones de preceptos sino vulneraciones de derechos; de aquellos derechos fundamentales, se entiende, aludidos en el art. 53.2 CE».



caso se trate; y no sólo frente a las actuaciones positivas sino también frente a las omisiones. No procede en principio el amparo contra leyes, si bien Eto Cruz analiza una reciente jurisprudencia del TC que, a su juicio, parece consagrar tal posibilidad respecto de las leyes autoaplicativas que obligan a la persona desde su entrada en vigor a hacer o dejar de hacer, sin necesidad de acto posterior de autoridad para que se genere dicha obligatoriedad, refiriéndose asimismo el autor a la cuestión en el Derecho mexicano.

6. En cuanto al procedimiento, en el caso del hábeas corpus rige un flexible principio antiformalista, y puede interponerlo el perjudicado o cualquiera «sin necesidad de poder, papel sellado, boleta de litigante, derecho de pago, firma de letrado o formalidad alguna»; y puede hacerlo por escrito (incluido el telegrama, previa la debida identificación del reclamante, actor o demandante) o verbalmente, debiéndose en el último caso suministrar una sucinta relación de los hechos para darle curso. Y el recurrente, de ser ello posible, deberá indicar el día y la hora en que se produjo la detención y el lugar en que se encuentra el detenido. No cabe la recusación por parte del legitimado pasivo, ni la inhibición del juez o secretario; caben las pruebas instrumentales en cualquier estado del proceso; se garantiza asistencia letrada de oficio a cargo del Estado pero sólo si el agraviado lo solicita, y sólo el actor puede pedir aplazamiento de diligencias o informes forenses. El procedimiento se caracteriza por su rapidez y preferencia, a fin de que el responsable de la privación de libertad justifique ésta, resolviendo el juez de manera inmediata sobre la libertad o no del detenido, admitiéndose sólo

determinadas causas tasadas de improcedencia de la acción. En caso de que la violación (o amenaza) se base en una norma incompatible con la Constitución, tal norma debe inaplicarse *in casu*, sin derogarla ni anularla.

En el caso del amparo, se requiere el agotamiento de las vías previas, con ciertas excepciones taxativas (vías previas no reguladas; riesgo de irreparabilidad; vía previa iniciada por el reclamante sin estar obligado; cuando no se resuelve en la vía previa en los plazos fijados para su resolución; o cuando una resolución que no es la última en la vía administrativa es ejecutada antes de vencerse el plazo para que quede consentida), si bien debe hacerse constar que, según García Belaunde, el Código Procesal Civil actualmente vigente contiene algunos instrumentos rápidos (procedimientos abreviados o cautelares) que pueden ser más eficaces que el amparo<sup>8</sup>. La acción deberá ejercitarse por escrito, pudiendo solicitarse en cualquier momento la suspensión del acto reclamado como medida cautelar, para lo que el autor estima que deben darse los dos requisitos tradicionalmente exigidos para este tipo de medidas: *bonus fumus iuris* y *periculum in mora*. Se prevé una tramitación acelerada y preferente, así como una lista tasada de causas de improcedencia. También se consagra, como nos dice Eto Cruz, la posibilidad de inaplicación al caso de leyes o normas inconstitucionales, así como la «suspensión de la queja», que también rige para el hábeas corpus, y en virtud de la cual el Juez deberá suplir las deficiencias procesales en que incurra el agraviado, bajo responsabilidad y en caso de que el actor incurra en error al nominar la acción constitucional (hábeas corpus o amparo), el juez ante quien se haya presentado dicha acción

<sup>8</sup> DOMINGO GARCÍA BELAUNDE, «La jurisdicción constitucional en Perú», en FRANCISCO FERNÁNDEZ SEGADO y DOMINGO GARCÍA BELAUNDE, *La justicia constitucional en Iberoamérica*, Dykinson y otras, Madrid, 1997, p. 848.

deberá inhibirse de su conocimiento y remitirlo de inmediato al competente, bajo responsabilidad.

7. Y ya por último, en lo que se refiere a los efectos de las resoluciones judiciales que resuelven sobre el fondo de la acción de amparo o del hábeas corpus, debe decirse que en la hipótesis de que se estime que la norma de cobertura de la conducta lesiva o amenazante del derecho es inconstitucional, la resolución judicial inaplicará la norma con efectos *inter partes*, pero sin derogarla ni anularla, si bien servirá como precedente para situaciones análogas, debiendo los jueces, por otro lado, y según la LOTC, aplicar una norma cuya constitucionalidad haya sido confirmada por el TC.

En otro orden de cosas, hay que destacar que la resolución judicial en estas acciones (amparo, hábeas corpus) produce un efecto de cosa juzgada sólo cuando favorece al actor, si bien señala Eto que jurisprudencia reciente del TC ha precisado que la sentencia favorable de amparo dictada por la Corte Superior puede ser enervada a través de una Acción de nulidad de cosa juzgada fraudulenta, planteándose el autor si sería posible ejercitar también tal acción respecto de lo resuelto por el TC, a lo que responde negativamente.

En tercer lugar, es de significar que las resoluciones finales, una vez consentidas y ejecutoriadas, deben publicarse en el Diario Oficial. Y por último, merece ser subrayado, que por mandato legal explícito, las resoluciones judiciales de amparo o hábeas corpus se convierten en jurisprudencia obligatoria cuando de ellas se pueden

desprender principios de alcance general, consagrándose así, señala Eto Cruz, la «jurisprudencia vinculatoria», para apartarse de la cual los magistrados deberán motivar su decisión con las pertinentes razones de hecho y de Derecho. Sin embargo, subraya García Belaunde el hecho de que en la práctica la jurisprudencia ha tenido poca importancia e influencia, con ciertas excepciones, pues los tribunales no han tenido el menor empeño en sentar principios jurisprudenciales orientadores de carácter general, a lo que contribuyó cierta desidia de los propios órganos jurisdiccionales, el desconocimiento de la problemática constitucional y la ausencia de medios para conocer la jurisprudencia, no compilada por ninguna entidad oficial<sup>9</sup>.

8. Ya para concluir, podemos decir que el libro recensionado constituye una interesante fuente para conocer cuál es la regulación básica del hábeas corpus y el amparo en el Derecho Constitucional peruano, lo que resulta facilitado a través de los detallados apéndices legislativos que se incorporan al final de la obra, que incluyen tanto los textos vigentes como los que han regido históricamente, así como los debates constituyentes durante la elaboración de la Carta Magna de 1993. En la obra se expone también cuál es el *status quaestionis* respecto de estos dos institutos procesal-constitucionales en la doctrina peruana y por ello resultará de interés no sólo para el abogado litigante, a quien se dirige básicamente, sino también para el estudioso teórico de la jurisdicción constitucional.

<sup>9</sup> DOMINGO GARCÍA BELAUNDE, «La jurisdicción constitucional...», cit., p. 847.

HÉCTOR FIX-ZAMUDIO y SALVADOR VALENCIA CARMONA, *Derecho constitucional mexicano y comparado*, México, Editorial Porrúa, 1999, X-1067 pp.

Por CARLOS F. NATARÉN \*

El Derecho constitucional es indudablemente una de las ramas de la ciencia jurídica que más ha evolucionado en los últimos tiempos. Si agregamos a esto que la sociedad en México se encuentra inmersa en un proceso de transición, es lógico que observemos que el Derecho constitucional mexicano ha sufrido abundantes cambios en los últimos años y es previsible que pronto asistamos a muchos más. De esta manera, iniciando el nuevo siglo, y ante una realidad nacional que precisa de múltiples definiciones y enfrenta diversos retos, los autores no han querido dejar pasar la oportunidad de examinar, como ellos señalan, «de manera sencilla y panorámica, los diversos aspectos del Derecho constitucional contemporáneo».

Sin embargo, el objetivo que los autores se plantean queda ampliamente superado, de modo que van más allá de suministrar un conocimiento elemental de los temas constitucionales o de limitarse al ámbito del ordenamiento jurídico mexicano. En cambio, a través de los veinte capítulos de la obra, se abarca el amplio espectro del Derecho constitucional, desde un enfoque general y comparativo, con constantes referencias a la experiencia constitucional de América Latina y Europa, e incluso, cuando los autores lo consideraron necesario, a través de un enfoque pluridisciplinario, haciendo uso de los resultados que aportan otras ciencias sociales como la sociología, la ciencia política y la economía, aunque sin abandonar nunca la orientación predominantemente jurídica.

En el desarrollo de la obra encontramos tres partes claramente diferencia-

das. La primera, de carácter general, corresponde a cuestiones de teoría constitucional, dentro de las cuales se estudian los fundamentos del Derecho en general y del constitucional en particular, poniendo énfasis en lo que los autores consideran las líneas maestras del constitucionalismo contemporáneo, ubicando en tales vertientes el modelo mexicano del que señalan como pre-ocupación actual «la de perfeccionar el papel de la Constitución como instrumento de control», por lo cual «el estudio de los diferentes medios o instrumentos para limitar y controlar el poder se ha tornado primordial para la transición democrática» que se experimenta.

Se aborda también el tema del Poder Constituyente, cambio y reforma constitucionales. Dado que «la Constitución es un ente vivo» que «refleja el acuerdo político que le da origen pero implica un proyecto que debe ser probado en la práctica» se da por sentado que el cambio constitucional forma parte de su naturaleza, así se distingue entre *reforma, mutación, suspensión, quebrantamiento y supresión de preceptos constitucionales*, haciendo al paso una interesante reflexión sobre la profusa reforma constitucional mexicana.

Otro tema que destaca, dentro de esta primera parte, es el de la *interpretación constitucional*. Así encontramos que los autores inician con un recuento de la evolución de este interesante tema, y a partir de la reivindicación de la labor judicial —magistralmente expresada por Carnelutti «el juez es la figura central del Derecho. Un ordenamiento jurídico se puede pensar sin le-

\* Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México.

yes, pero no sin jueces»—, se adentran en los especiales aspectos de la labor de interpretar las normas constitucionales, lo que requiere especial sensibilidad jurídica, social y política.

Es evidente que en el desarrollo de los capítulos que integran la segunda parte de esta obra, Fix-Zamudio y Valencia Carmona privilegian el método comparativo, iniciando con la cuestión de *la defensa de la Constitución*, tema que, como se observa, enlaza perfectamente con el que le precede. De esta manera, partiendo de los antecedentes principales, se ofrece un concepto de defensa de la Constitución, así como una sistemática que escinde el estudio de este tema en dos grandes apartados, en el primero, llamado *la protección constitucional*, incluyen la protección política, la institucionalización de los factores sociales, la regulación de los recursos económicos y financieros y la técnica jurídica.

El segundo segmento, *la justicia constitucional*, es objeto de un amplio estudio, iniciando con un recuento de los dos grandes sistemas de justicia constitucional, para pasar a comentar la paulatina aproximación que en la práctica tienen estos dos sistemas, como lo demuestra la introducción en los países de América Latina de organismos jurisdiccionales especializados en la resolución de conflictos o controversias constitucionales, pero sin abandonar la existencia paralela del control difuso con efectos concretos en los casos particulares.

El capítulo concluye con el desarrollo de los sectores que integran la justicia constitucional, iniciando por el ya denominado por Cappelletti *jurisdicción constitucional de la libertad*, donde se incluye el *habeas corpus*, el *mandado de segurança* brasileño y una parte del amparo mexicano. Asimismo, se aborda la *jurisdicción constitucional orgánica*, sector cuya función fundamental es el control de la constitucio-

nalidad de las disposiciones normativas y en los conflictos de atribución y competencia entre los órganos constitucionales.

Sobre estos temas Fix-Zamudio señala que esta última división sólo se hace para estudio de las garantías constitucionales ya que la *praxis* muchas veces hace que estas dos vertientes se confundan. Se reconoce que el estudio de la *jurisdicción constitucional y transnacional*, tercer sector de la justicia constitucional, es un aspecto que requiere todavía de múltiples revisiones, sin embargo se señala la tendencia a integrar en los textos constitucionales principios generales de Derecho internacional y los tratados internacionales, comentando los casos paradigmáticos de las Constituciones de la Federación Rusa de 1993 y de Argentina de 1994. Finalmente, Fix-Zamudio retoma la polémica sobre la distinción entre dos disciplinas jurídicas de frontera, y rechazando que se trate de un juego de palabras, delimita el contenido del Derecho procesal constitucional, subrayando las diferencias con el contenido del Derecho constitucional procesal.

El capítulo sexto está dedicado a las formas de Estado y formas de gobierno, partiendo de las diferencias conceptuales. Al analizar las tipologías estatales Fix-Zamudio y Valencia Carmona ponderan favorablemente el modelo federal al señalar que su impacto en el mundo de la política y del constitucionalismo ha sido formidable, citando que los países más vastos y pujantes han adoptado tal forma de Estado. En el siguiente capítulo se ocupan de la división de poderes, señalando que «en nuestra época se la entiende como la distribución de ciertas funciones a diferentes órganos, entre los cuales se establecen relaciones de coordinación e incluso con frecuencia de colaboración». Los autores resaltan, por su importancia, que se ha

conservado su esencia y finalidad, como principio de filosofía política, que, a través de la distribución de órganos y funciones, pretende que el poder detenga al poder evitando su abuso.

En el séptimo capítulo son analizados nueve modelos constitucionales en una bien lograda síntesis que abarca los principales aspectos de la historia y dogmática constitucional de Inglaterra, Estados Unidos, Suiza, Alemania, Italia, Francia, Unión Soviética-Rusia, Yugoslavia y el caso de los Estados de Europa del Este.

Por otro lado, destacan dentro de la segunda parte de la obra, dos temas que son fiel reflejo de las preocupaciones de los autores, y de manera especial, de la actividad desarrollada por Héctor Fix-Zamudio en la Corte Interamericana de Derechos Humanos, primero como Juez y posteriormente como su Presidente. Nos referimos, claro está, a la especial atención que pone la obra en el tema de los derechos humanos en América Latina, dedicando un capítulo a su estudio desde la perspectiva del Derecho interno y en el siguiente capítulo abordándolo desde la perspectiva del *Derecho internacional de los derechos humanos*.

Así observamos que el capítulo de los derechos humanos inicia con un comentario a su dimensión actual, y hace un repaso de las diferentes generaciones de éstos, para llegar al análisis de los derechos que dentro del ordenamiento mexicano, presentan un contenido esencial con zonas grises que necesitan una mejor definición, como son el derecho a la información o los derechos de las comunidades indígenas.

Destaca el hecho de que buena parte del capítulo se dedica al comentario de una institución que tardíamente se ha introducido en los ordenamientos constitucionales de América Latina, el *Ombudsman*. Así, se aborda el análisis

de la institución en los ordenamientos constitucionales de Guatemala, Colombia, Perú, Bolivia, Ecuador, El Salvador, Costa Rica, Honduras, Nicaragua, Argentina y Paraguay. Concluido este análisis se procede a hacer un balance de la labor de la Comisión Nacional de Derechos Humanos en México.

En cuanto a la dimensión internacional de los derechos humanos se inicia comentando la primacía del Derecho internacional en las Constituciones de Europa continental y la evolución del Derecho comunitario, para, una vez sentadas estas bases, entrar a analizar el desarrollo paulatino de esta cuestión en América Latina, donde domina una concepción tradicional, según la cual, dentro de los ordenamientos jurídicos los tratados internacionales son jerárquicamente superiores a las leyes pero inferiores a las disposiciones de la Constitución. Los autores afirman que se está en estos momentos en un proceso de reconocimiento de la primacía relativa del Derecho internacional, y se señala como objetivo a alcanzar el reconocimiento de esta primacía, aún sea de manera parcial, de los tratados de derechos humanos.

En este punto se pone especial atención en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Sistema que, como es sabido, está conformado esencialmente, en lo sustantivo, por la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, y por la Convención Americana sobre Derechos Humanos, suscrita en la ciudad de San José de Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969, y en su ámbito procesal por la Comisión y la Corte Interamericanas de Derechos Humanos. Y es este último aspecto que deseamos destacar de la presente obra, ya que aborda de manera detallada la organización, las competencias y los procedimientos ante estos órganos.

La tercera parte del texto en comentario se caracteriza por tratar los te-

mas tradicionales del constitucionalismo mexicano, aunque sin abandonar la perspectiva comparativa. Es en esta parte donde los autores dedican sendos capítulos a los temas de *constitucionalismo social* y *Constitución y economía*, lo cual es de destacarse, puesto que en pocas ocasiones la doctrina se ocupa de tales cuestiones, tan especiales en el caso mexicano.

Del constitucionalismo social los autores señalan, que tiene su punto de partida en el modelo de Estado social, que —citando a Manuel García Pelayo— «significa históricamente el intento de adaptación del Estado nacional a las condiciones sociales de la civilización industrial y postindustrial en sus nuevos y complejos problemas, pero también con sus grandes posibilidades técnicas, económicas y administrativas para enfrentarlos». Y en tal sentido, la Carta mexicana de 1917 fue la primera Constitución en incorporarse al movimiento del constitucionalismo social.

Al finalizar este tema se inicia con el estudio del sistema orgánico del Estado mexicano, enfatizando los casos donde existen órganos constitucionales autónomos. Como sucede con el *sistema electoral mexicano*, que es motivo de un capítulo, en el cual, además, se revisa con profundidad la reforma política y los temas de la constitucionalización y financiación de los partidos políticos en México. En el desarrollo del capítulo se analizan dos órganos electorales: el Instituto Federal Electoral y el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación. Al final del mismo capítulo se estudia el sistema electoral de carácter mixto, al que consideran como uno de los rasgos esenciales del Estado mexicano contemporáneo. Los autores califican este sistema de «dominante mayoritario, complementado por la representación proporcional».

Al estudiar el *Poder Legislativo* se hace un recorrido por los sistemas

unicameral y bicameral, resaltando la tradición bicameral en el caso mexicano. Se analiza el estatuto de los parlamentarios y la organización y funcionamiento del legislativo federal. Al ocuparse de las funciones de éste, hacen una división tripartita: funciones de control, jurisdiccional y representativa y de orientación política. En el caso del *Poder Ejecutivo* los autores comentan los regímenes que han estado vigentes en México desde el gobierno azteca hasta el implantado en la Constitución de 1917, mencionando de este último caso las características principales del ejecutivo. Es interesante destacar que en opinión de los autores todo parece indicar que se transita de un régimen presidencialista a un régimen simplemente presidencial, aun cuando no eluden exponer las visiones de otros autores que señalan al presidencial como un régimen desacreditado y que no se da en un contexto democrático, por lo que mencionan que hay necesidad de un régimen parlamentario.

Del *Poder Judicial* en México hacen un amplio desglose, ocupándose en primer lugar del origen y evolución, incluyendo debates y texto original en la Carta fundamental de 1917. Luego se ocupan de las reformas que ha sufrido Suprema Corte de Justicia de la Nación y de las relaciones que tiene con los tribunales federales. Asimismo se analiza su integración, funcionamiento y competencias actuales, así como el régimen o estatuto de los ministros que la integran.

Dedican los autores un capítulo a la *justicia constitucional mexicana* destacando los principales instrumentos del Derecho procesal constitucional: el juicio de amparo —del cual explican los diversos sectores que lo integran y sus procedimientos—, la controversia constitucional y la acción abstracta de constitucionalidad. También se ocupan del procedimiento investigador de la

Suprema Corte, del juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano y del juicio de revisión constitucional electoral.

Se estudia la adopción del *Consejo de la Judicatura* en el sistema jurídico mexicano, haciendo algunas reflexiones sobre tal Instituto: afirman que su actual integración no es satisfactoria y aluden a la necesidad de aumentar el número de integrantes. Los autores no se olvidan de los procesos de formación judicial; sobre el tópico de la escuela judicial señalan que el punto culminante de su evolución en México fue la creación del Instituto de la Judicatura Federal, después de la experiencia del Instituto de Especialización Judicial de la Suprema Corte, creado en 1978.

Para Fix-Zamudio y Valencia Carmona es evidente que en el caso mexicano, el Poder Judicial inicia un ascenso que habrá de colocarlo en un lugar preponderante, cuya mayor contribución será la consolidación de un Estado constitucional de derecho conforme a las tendencias contemporáneas. Los autores señalan que en la labor judicial de valoración constitucional sigue presente la idea que acuñó Calamandrei: «juzgar a los demás implica a cada

instante el deber de ajustar cuentas con la propia conciencia». Al final de la obra se presenta una adenda con las reformas, modificaciones y propuestas a la Constitución mexicana en 1999.

Con esta somera descripción del contenido de la obra, esperamos que se haga palpable la exhaustividad con la cual los autores estudian los aspectos Derecho constitucional. Quienes se acerquen a esta obra encontrarán en ella el fruto de una labor académica desarrollada arduamente en favor de la docencia e investigación del Derecho constitucional en México y en América Latina. Sirvan las últimas líneas para destacar el hecho de que ambos autores son destacados miembros del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México: Salvador Valencia Carmona, autor entre otras muchas obras de *El derecho constitucional mexicano a fin de siglo*, es uno de los más brillantes exponentes de la doctrina mexicana en la actualidad, y a Héctor Fix-Zamudio, ejemplo del universitario jamás aislado de la realidad social y comprometido en su transformación, no se puede hacer menos que reconocerle como el más insigne jurista mexicano de los últimos tiempos.

GASTÓN GÓMEZ BERNALES (editor): *La jurisdicción constitucional chilena ante la reforma*, Cuadernos de Análisis Jurídico de la Escuela de Derecho de la Universidad Diego Portales, Talleres de Alfabeta Artes Gráficas, Santiago de Chile, mayo de 1999, 236 pp.

Por CHRISTIAN SUÁREZ CROTHERS \*

Estamos en presencia de una revista que recoge, aunque tardíamente, las ponencias de un seminario organizado hace algunos años por la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Por-

tales, con ocasión de un proyecto fracasado de reforma del Tribunal Constitucional chileno. La revista recoge las ponencias presentadas por los constitucionalistas españoles Francisco Rubio

\* Profesor de Derecho Constitucional. Universidad de Talca (Chile).

Llorente y Marc Carrillo, por el profesor de la Universidad de Buenos Aires, Gabriel Bouzat y por los constitucionalistas chilenos José Luis Cea, Jorge Precht, Raúl Bertelsen, Emilio Pfeffer, Humberto Nogueira, Francisco Zúñiga y Gastón Gómez.

El debate puesto al trasluz por esta publicación se encuentra, sin embargo, plenamente vigente en un momento en que el Gobierno ha remitido al Parlamento un nuevo proyecto de reforma de la Carta Fundamental que involucra, también, la reforma del Tribunal Constitucional.

El control de constitucionalidad chileno suele ser caracterizado formalmente por nuestra doctrina como un sistema mixto que conjuga la práctica francesa de control previo de constitucionalidad de las leyes, con el control *a posteriori*. Ambos tipos de jurisdicción son desarrollados, de manera principal y concentradamente por el Tribunal Constitucional, instituido siguiendo el modelo del Consejo Constitucional francés, que desarrolla, principalmente, un control de constitucionalidad de las «leyes» con anterioridad a su promulgación y, por la Corte Suprema, frente a la cual puede deducirse el llamado Recurso de Inaplicabilidad; acción esta última que sólo produce efectos *inter partes* y que tiene por objeto evitar la aplicación al caso concreto de una ley que se considera inconstitucional.

Puede llamar la atención, ciertamente, esta forma tan particular del sistema chileno, pero ella responde al desarrollo y a la evolución política del país durante el siglo XX. En efecto, los constituyentes de 1925, en una época en que aún no se asentaba de manera sólida el modelo austríaco, concebido por Kelsen en 1920, optaron por una forma muy atenuada y corregida de

control que se inspiraba en el modelo americano de justicia constitucional, no obstante que la competencia se entregó únicamente a la Corte Suprema y no a todos los tribunales de la República como en los Estados Unidos de Norteamérica.

Una reforma a la Constitución de 1925, introduce en 1970, un Tribunal Constitucional que habría de durar hasta que fue disuelto por el Gobierno Militar en 1973. La Constitución de 1980, reinstauró al Tribunal Constitucional, extendiendo su competencia —como expresa Francisco Cumplido en su ponencia sobre «El Tribunal Constitucional Chileno»— a materias de regulación de plebiscitos y de exclusión ideológica. El Tribunal quedó integrado por tres miembros elegidos por la Corte Suprema, entre sus propios integrantes, dos abogados designados por el Consejo de Seguridad Nacional, un abogado designado por el Senado y un abogado designado por el Presidente de la República.

El «sistema», sin embargo, es más complejo de lo que aquí presentamos, y ha sido por ello definido por Gastón Gómez —aun en contra de la doctrina tradicional— como una jurisdicción «diseminada y difusa constitucionalmente», dado que existen también otros órganos que desarrollan funciones de control de constitucionalidad de acuerdo a las varias posibilidades de este control enunciadas por Kelsen en su artículo sobre la Garantía Jurisdiccional de la Constitución<sup>1</sup>. En efecto, si bien el Tribunal Constitucional no conoce del recurso de amparo, en la forma desarrollada por el Derecho español o alemán, la actual Constitución Chilena, en plena vigencia del régimen militar adoptó el modelo del Acta Constitucional N.º 3, para entregar la competencia del amparo a las Cortes

<sup>1</sup> HANS KELSEN, «La Garanzia Giurisdizionale della Costituzione (La Giustizia Costituzionale)», en *La giustizia costituzionale*, Giuffrè Editore, Milano, 1981, pp. 145 y ss.



de Apelaciones<sup>2</sup> a través del llamado Recurso de Protección<sup>3</sup>.

Se trata de un recurso que procede en salvaguardia de la privación, perturbación o amenaza de algunos de los derechos contenidos en el catálogo constitucional y procede en contra de los actos ilegales o arbitrarios que los producen. Existe en la actualidad una muy profusa utilización de este instrumento jurisdiccional que se ha extendido, en cuanto a sus posibilidades de procedencia, impulsado por lo que un autor denomina «la singular doctrina de la propiedad sobre derechos»<sup>4</sup>, que se ampara en el artículo 583 del Código Civil.

De acuerdo con esta doctrina, recogida con mucha más fuerza por el artículo 19 N.º 24 de la Constitución chilena (que regula la protección del derecho de propiedad sobre toda clase de bienes), existe propiedad sobre las cosas incorporales. De este modo, «en nuestra práctica forense se ha buscado subsumir en la propiedad incorporal, toda situación jurídica subjetiva que no pueda reconducirse a un derecho fundamental accionable de protección, llegando a conocer la jurisprudencia constitucional, por vía de esta acción, en forma indiscriminada todo tipo de conflictos, tanto de particulares contra el Estado, como conflictos entre privados, entre los cuales destacan los conflictos de naturaleza contractual». Paralelamente, importantes derechos constitucionales quedan sin una adecuada protección reforzada.

Si bien la práctica del recurso es por muchos alabada, principalmente por las posibilidades de control de los actos de la administración<sup>5</sup>, sus detractores deploran la escasa vocación constitucional de la Corte Suprema, que no ha podido generar —hasta ahora— una línea jurisprudencial regularmente uniforme a través de sus sentencias<sup>6</sup>.

Pero, además, la Contraloría General de la República, a través del trámite de «toma de razón» de los decretos y resoluciones del Presidente de la República, entre otras autoridades administrativas, ejerce un control de legalidad y de constitucionalidad, de modo tal que al ser representados los decretos por inconstitucionales no van a entrar en vigor sino hasta que el Tribunal Constitucional resuelva la controversia, a requerimiento del Presidente.

Finalmente, el Senado y el Tribunal Calificador de Elecciones ejercen algunas competencias que podrían tipificarse, aunque no esencialmente, como propias de la justicia constitucional.

Este es el marco, entonces, en el que sitúa la interesante discusión recogida por la revista de la Universidad Diego Portales y en torno al cual se desarrolla el debate.

Comenzaré aludiendo a la exposición del profesor Francisco Rubio Llorente, que estructura su ponencia, relativa a las «Tendencias actuales de la jurisdicción constitucional en Europa», en torno a tres ejes principales: la delimitación del objeto de la jurisdicción

<sup>2</sup> Estas Cortes se distribuyen a lo largo del país teniendo por sede, generalmente, a las capitales de las regiones.

<sup>3</sup> Ver HUMBERTO NOGUEIRA, «El Recurso de Protección en Chile», *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, CEPC, Madrid, 1999, pp. 157 y ss.

<sup>4</sup> CRISTIAN H. OLAVE ALARCÓN, *Recurso de Protección*, Editorial Jurídica ConoSur Ltda., Santiago de Chile, 1996, pp. 52.

<sup>5</sup> En Chile no se han instituido tribunales administrativos y no existe, por tanto, ni una ley de contencioso administrativo ni de procedimiento administrativo que garantice los derechos del administrado.

<sup>6</sup> La Corte conoce en segunda instancia del recurso y a través de sus diversas salas produciéndose gran disparidad en la aplicación de sus criterios constitucionales.

constitucional y del concepto de «tendencias» en la misma materia, la propuesta de dos grandes modelos de jurisdicción constitucional y, finalmente, la exposición de la tendencia hacia una jurisdicción constitucional centrada en la defensa de los derechos. El constitucionalista comienza declarando lo ocioso que a estas alturas resulta la discusión sobre la naturaleza jurisdiccional o política de la jurisdicción constitucional y opta por un concepto sustancial amplio, «construido no a partir del derecho positivo, de la configuración de los distintos tribunales constitucionales, sino exclusivamente desde la teoría, a priori». De ese modo entiende por jurisdicción constitucional «aquella que enjuicia toda la actividad del poder desde el punto de vista de la Constitución, la que tiene como función asegurar la constitucionalidad de la actividad del poder». A juicio del profesor español, este concepto sustancial amplio tiene utilidad en la medida que, por una parte, permite englobar a todos los sistemas de jurisdicción constitucional existentes y, por otra, facilita la diferenciación entre los sistemas que sólo buscan asegurar la constitucionalidad del texto legal, frente a aquellos que garantizan también la constitucionalidad de la aplicación de la ley. Desde luego, advierte como más completa una justicia constitucional comprensiva de ambos aspectos.

Por «tendencias actuales de la jurisdicción constitucional» deben entenderse los «distintos modos o propensiones de concebir esta finalidad propia y definitiva de la jurisdicción constitucional», y los portadores de estos distintos modos de concebirla, pueden ser tanto los tribunales constitucionales como los constituyentes y legisladores que la instauran o la organizan en los distintos Estados.

Dada la dificultad de analizar estas tendencias sin remisión a modelos teóricos de jurisdicción constitucional, el profesor Rubio opta, frente a la contraposición tradicional entre el modelo norteamericano y europeo —que a su juicio, ya no presta utilidad analítica—, por utilizar un modelo «en los que la contraposición se base en el *telos* específico de cada uno de ellos, en su centro de atención principal: el modelo que se propone asegurar la constitucionalidad de la ley y, frente a él, aquel otro que persigue garantizar la vigencia de los derechos». El paradigma del primer modelo es el sistema francés, mientras que el segundo encuentra su formulación clásica en el sistema de la *judicial review* y en algunos modelos europeos como el portugués<sup>7</sup>, como aquellos que atribuyen a los jueces la facultad de plantear la cuestión de inconstitucionalidad o como el alemán y español, que incluyen, junto al recurso directo y la cuestión de inconstitucionalidad, el recurso de amparo.

El profesor Rubio da cuenta de las dificultades de la justicia constitucional en países como España y Alemania donde se ha producido el fenómeno de la inflación de recursos de amparo sometidos a esa jurisdicción, mientras se mantiene estable o decrece el número de recursos de inconstitucionalidad, de cuestiones de inconstitucionalidad o de conflictos de competencia.

Para Rubio Llorente este fenómeno no puede ser explicado si no se tiene en cuenta adecuadamente «el cambio radical que en el ordenamiento origina la eficacia directa de los derechos fundamentales». Por ello es que la tendencia a la sustitución del modelo centrado en el control de la constitucionalidad de la ley por el que pretende

<sup>7</sup> Que combina el control difuso de constitucionalidad con la existencia de un tribunal constitucional.

garantizar la vigencia de los derechos, más que una aberración o un error, como a veces ha sido percibido, no es sino una consecuencia de «que el aseguramiento de la constitucionalidad de las leyes no persigue otra finalidad que la de garantizar la vigencia de los derechos». De este modo —afirma—, «la tendencia es inherente a la idea misma de jurisdicción constitucional», sin desconocer, por cierto, que el control de constitucionalidad de las leyes puede tener y, de hecho, tiene otras funciones igualmente «importantes».

Repugna el profesor Rubio de una concepción demasiado estática de la jurisdicción, como aquella que considera que hay falta de legitimidad y una extralimitación de los jueces constitucionales, cuando éstos resuelven sobre lesiones a derechos fundamentales cometidas en un caso concreto, a propósito de la aplicación de la ley por los jueces ordinarios. Porque, precisamente, el fenómeno de la vigencia directa de los derechos ha liberado en alguna medida a los jueces de la sujeción al imperio de ley. Frente a esto, y dada la inconveniencia de dejar en sus manos «la definición real de los derechos fundamentales», el control de constitucionalidad se eleva como una exigencia. Lo discutible —termina afirmando— no es la necesidad del control de constitucionalidad de las decisiones judiciales, sino la forma de organizarlo.

Creemos, sin embargo, que, a diferencia de la constatación que el profesor Rubio realiza acerca de la ociosidad de la distinción entre la naturaleza jurisdiccional o política del Tribunal Constitucional, las propias característi-

cas de la Constitución chilena —reconocida como un modelo de la llamada democracia protegida— y la forma de integración del Tribunal Constitucional —como destaca Humberto Nogueira en su ponencia sobre «Revisión del modelo orgánico y de la legitimidad del Tribunal Constitucional chileno»—, han conducido a una crisis de legitimidad del Tribunal Constitucional que ha puesto de relieve la cuestión relativa a su naturaleza, dada la función política que se le ha atribuido como órgano encargado de la defensa de la interpretación autoritaria del texto. Así, por ejemplo, en el discurso inaugural del seminario, Genaro Arriagada, el ministro impulsor de la reforma, afirmaba que: «En Chile, paradójicamente, nuestro Tribunal Constitucional no se asocia naturalmente a los valores y principios que marcaron su origen en las democracias contemporáneas. En nuestro país —señala—, por el contrario, no son pocos quienes lo consideran un ente guardián de las disposiciones de una Constitución impuesta por un régimen de fuerza, como un instrumento al servicio de una oposición política, que, minoritaria en el electorado, necesita instituciones defensoras del antiguo régimen».

Cabe hacer notar —como hemos dicho— que de los siete miembros del Tribunal Constitucional, dos de ellos son designados por el Consejo de Seguridad Nacional, órgano de carácter constitucional con importantísima integración del estamento militar e inicialmente concebido como el verdadero defensor de la Constitución<sup>8</sup>.

Este es el «drama constitucional» chileno a que se refiere Gastón Gó-

<sup>8</sup> En efecto, la Constitución, con anterioridad a la Reforma de 1989, atribuía al Consejo de Seguridad Nacional la función de «representar, a cualquier autoridad establecida por la Constitución, su opinión frente a algún hecho, acto o materia, que a su juicio atente gravemente en contra de las bases de la institucionalidad o pueda comprometer la seguridad nacional». Esta atribución fue morigerada, a través de la reforma aludida, a la facultad de «hacer presente» dicha opinión al Presidente de la República, al Congreso Nacional y, ¡atención!, al propio Tribunal Constitucional.

mez, parafraseando a Dworkin, en su exposición titulada «Algunas ideas críticas sobre la jurisdicción constitucional chilena».

El Tribunal Constitucional —expresa— «está lejos, teóricamente, del papel que... debe comprender una genuina jurisdicción constitucional».

Esta opinión, sin embargo, no es compartida por todos los ponentes. Así, por ejemplo, los profesores Cumplido y José Luis Cea optan, aunque en sentido muy diverso, por asumir una defensa del Tribunal Constitucional. Pero, mientras la defensa del profesor Cumplido es una defensa histórica y doctrinal, según el mismo expresa, referida a la necesidad de seguir contando con un Tribunal Constitucional, el profesor Cea —con mayor compromiso hacia el actual Tribunal— declara su imposibilidad de asumir una actitud crítica hacia una institución a la que reconoce haber jugado «un rol positivo tan importante en el regreso de Chile a la democracia». Más adelante, agrega: «Si las instituciones están funcionando bien, ¿por qué reformarlas?». A su juicio, el Tribunal Constitucional chileno ha ganado legitimidad, a la luz de su trayectoria, desde su instalación en 1981.

Sin embargo, es muy difícil plantear la legitimidad del Tribunal Constitucional, cuando los aspectos relativos a su composición, atribuciones y funcionamiento e, incluso, su propia existencia como Tribunal, están siendo permanentemente cuestionados por las fuerzas políticas y por la mayoría parlamentaria. Es cierto que los Tribunales Constitucionales no tienen por qué coincidir con las mayorías parlamentarias, cambiantes, por definición, en una democracia; pero también lo es, que en países donde la constitución del Tribunal ha tenido un origen democrático, por ser la Constitución el fruto del consenso nacional constituyente, si bien persisten críticas, y a veces acer-

bas, dichos tribunales han sabido ganarse un prestigio en la ciudadanía del que ciertamente no goza esta institución en Chile. La demostración más palpable de lo que afirmo son los variados intentos existentes para introducir reforma a nuestro sistema de justicia constitucional.

A este problema de la legitimidad se refiere, precisamente, el profesor Jorge Precht Pizarro, para afirmar, en su artículo sobre «Derogación tácita e inaplicabilidad: análisis de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Chile (1987-1995)» que: «Este órgano público no es poder constituido del pueblo chileno y es curioso que custodie la Constitución un órgano público que emana de la propia Constitución otorgada al pueblo en 1980 y no emanada de él. Ello equivale a custodiar la voluntad de su propio Constituyente y "nemo iudex in causa sua" (nadie es buen juez de su propia causa)».

Me parece que también es excesivo resaltar el papel del Tribunal Constitucional en el retorno a la democracia, aunque ésta es una materia que supera los límites de este comentario.

El problema central, entonces, respecto a la jurisdicción constitucional en Chile, no puede ser la sola discusión acerca de la sujeción formal o no del Tribunal a la legalidad de la Constitución autoritaria. No se trata de asumir una defensa de la actividad desarrollada por el Tribunal que, en algunos aspectos específicos, podrá destacarse, sino de analizar con toda la sabiduría que sea posible si la institución está cumpliendo con los fines que clásicamente se atribuyen a esta jurisdicción y, simplemente, constatar en qué medida nuestra Justicia constitucional acoge —en las palabras del profesor Rubio Llorente— las nuevas tendencias del Derecho comparado.

En este sentido me parece muy lúcido el análisis efectuado por el pro-

fesor Gastón Gómez que centra la atención de su ponencia en estos aspectos; es decir, sobre la necesidad de construir una auténtica Justicia constitucional para Chile, aunque no debería haber silenciado que el gran problema de fondo, en realidad, es el sentimiento de ilegitimidad que gran parte del país siente respecto de la propia Constitución.

De tal manera que nuestra discusión sobre la Justicia constitucional no puede ser sino una discusión política, porque la actual composición y, para decirlo de un modo más claro, la propia esencia de lo que pretendemos llamar jurisdicción constitucional es una materia que no termina de construirse, en la medida que participa de la conciencia dividida de los chilenos respecto del modo más adecuado para organizar jurídicamente su convivencia. Con razón ha podido sostener Néstor Sagüés que la Constitución chilena es un ejemplo de Constitución con doble techo ideológico.

El desafuero reciente del General Pinochet pone en evidencia lo que antes he afirmado, porque las numerosas reformas que el texto de la actual Constitución ha recibido desde 1989 no es sino expresión de que la «forma del poder» en Chile no es un tema zanjado por las fuerzas políticas y que se encuentra extremadamente condicionado por la historia no asumida de las violaciones sistemáticas a los derechos humanos.

Desconocer estos aspectos en una discusión sobre Justicia constitucional es seguir la política del avestruz y esconder la cabeza frente a una realidad que nos disgusta; y puede resultar completamente incomprensible para un

observador extranjero que nuestra discusión se dé como si las instituciones de la Justicia constitucional funcionaran al margen de las consideraciones que acabo de formular. Esto es parte, también —¡qué duda cabe!—, de ese dramatismo constitucional a que hace referencia Gastón Gómez.

Es legítimo, entonces, plantearse en Chile quién es y quién debe ser el custodio de la Constitución y no parece tan evidente siquiera que el real custodio de la Constitución sea, incluso, el propio Tribunal Constitucional. También las Fuerzas Armadas están concebidas en Chile para garantizar «el orden institucional de la República» y para «hacer presente» su opinión, a través del Consejo de Seguridad Nacional, toda vez «que, a su juicio, se atente gravemente contra las bases de la institucionalidad»<sup>9</sup>.

Por lo tanto, son comprensibles las voces, como las del Ministro Arriagada, y de otros, que han sentido dudas respecto a quién deba entregarse la responsabilidad última de decir qué es la Constitución.

Es cierto, en consecuencia —como dice el profesor Cea—, que no existen modelos a importar, pero lo es también que el actual Tribunal Constitucional, no obstante toda su respetabilidad, no es el resultado del alma, por lo demás dividida, de la Nación chilena.

Por ello, comparto plenamente lo señalado por Francisco Zúñiga, cuando al concluir su trabajo sobre «Ley y Reglamento en la Jurisdicción del Tribunal Constitucional», señala textualmente que: «Aceptando el componente político de la jurisdicción Constitucional, se hace esencial para su legitimidad que la producción de sen-

<sup>9</sup> Por eso José Luis Cea afirma: «En este momento y quién sabe por cuánto tiempo más las FF. AA. y de Orden tienen en Chile un peso político propio indiscutible ¡y ostensible! Partir del supuesto de que no existe eso —por cierto que yo quisiera otra cosa—, pero a partir del supuesto imaginario, hipotético, de que eso es algo extraño a la realidad, me parece que es incurrir en un *error craso*. Por lo mismo, lo que se haga con base a ese supuesto equivocado será *erróneo también*».

tencias del guardián de la Constitución, descansen en un pluralismo valorativo-ideológico, que no transforme la Constitución en una herramienta de la contienda política cotidiana, sino en un texto valorativamente abierto y en que sus decisiones puedan ser sometidas a un debate racional. Una Constitución de «techo ideológico abierto» es la base de un consenso racional sobre los valores-normas de la contienda política (régimen político). Un Tribunal Constitucional custodio de una Carta Fundamental valorativamente abierta, hace lo suyo en la legitimidad del órgano jurisdiccional, de las instituciones y del sistema político en general»<sup>10</sup>.

Un problema semejante puede desprenderse de la práctica de la Corte Suprema en el conocimiento del Recurso de Inaplicabilidad. A esta materia se han referido, de manera especial, los profesores Jorge Precht y Raúl Bertelsen.

Bertelsen, en su «Análisis y revisión del Recurso de Inaplicabilidad», incursiona en la evolución que éste ha tenido en Chile hasta la Constitución de 1980 y comenta su jurisprudencia más reciente, deplorando la práctica de la Corte de no pronunciarse sobre el fondo de los recursos. A su juicio, esta situación explica el «escaso desarrollo de una verdadera jurisprudencia constitucional».

En relación a este punto, el profesor Marc Carrillo, en su excelente artículo sobre «Las funciones del Tribunal Constitucional: el modelo europeo y el caso chileno», desestima el valor de jurisdicción constitucional de la actividad realizada por la Corte Suprema al conocer de los recursos de inaplicabilidad, toda vez que «no vin-

cula más allá del caso concreto». Esta opinión del profesor Carrillo es, igualmente, compartida por otros ponentes.

Finalmente, Precht pone el acento en afirmar con rotundidad que en Derecho chileno los jueces de fondo no pueden —desde la sentencia Natividad Campos, de la Corte Suprema, de 8 de junio de 1990—, resolver por la vía de la derogación tácita sobre la inconstitucionalidad de leyes preconstitucionales, afirmando que esta competencia es propia de la Corte Suprema, a través del Recurso de Inaplicabilidad. De modo, que rechaza todo intento de extender el modelo de la *judicial review* a través de este expediente.

El profesor argentino Gabriel Bouzat, finalmente, escribe sobre «La argumentación jurídica en la jurisdicción constitucional». Se trata de una comparación entre la *judicial review* y el sistema continental europeo de control de constitucionalidad, que se inicia analizando el sistema de control de constitucionalidad de las leyes en la República Argentina, haciendo una referencia a su justificación y legalidad, para terminar valorándolo frente a otros sistemas en los cuales los tribunales constitucionales pueden declarar la inconstitucionalidad de las leyes en forma abstracta y con carácter preventivo. Bouzat señala que en la Argentina tiene vigencia la doctrina expuesta por el juez Marshall en *Marbury vs. Madison*, según la cual «cuando una ley contradice la Constitución, el juez debe aplicar la Constitución y dejar de lado la ley». De este modo, cualquier juez puede declarar la inconstitucionalidad de la ley o de otro acto de Gobierno. El control, por tanto, es judicial, *a posteriori* y difuso, sólo pue-

<sup>10</sup> La aseveración de F. Zúñiga U. es realizada cuestionando la interpretación que el Tribunal Constitucional ha dado en sus sentencias a la relación entre Ley y Reglamento, para lo cual ha establecido que existe un principio de reserva absoluta de ley para intervenir en derechos fundamentales de contenido patrimonial o económico. A juicio de Zúñiga esta doctrina «puede entorpecer a la Administración del Estado más allá de lo razonable, afectando a su fin inmanente de promover el bienestar social».

de ejercerse en un caso o controversia concreta y la declaración de inconstitucionalidad de la norma «no implica su derogación, ni supresión, sino que la torna inaplicable en el caso de que se trate».

De este modo, no existe en Argentina control preventivo ni control en abstracto.

Bouzat explica cuáles son los límites del control en la Argentina, destacando el principio de deferencia legislativa, las *political questions* y la necesidad de que quien plantea la inconstitucionalidad deba alegar un perjuicio o alteración de un derecho constitucional propio. Señala que uno de los problemas del control en su país ha sido la falta de independencia del Poder Judicial, problema que se vuelve a plantear con la forma en que se amplió la integración de la Corte Suprema durante el gobierno de Carlos Menem. Sin embargo, señala que la Corte tuvo un gran activismo durante la década de los ochenta, en que se debatieron cuestiones fundamentales declarándose, por ejemplo, la inconstitucionalidad de las leyes de matrimonio civil, por prohibir el divorcio vincular; de la ley de estupefacientes, por castigar la tenencia de drogas para consumo personal y la de servicio militar obligatoria, al no admitir la objeción de conciencia.

Entre los problemas de la jurisdicción constitucional argentina. Bouzat alude a la falta de preocupación de los juristas y de los jueces por determinar un criterio correcto de interpretación constitucional, «a pesar de la relevancia que para la solución de los casos constitucionales tienen los criterios de interpretación a los que los jueces recurren». Un problema, por cierto, al que no somos ajenos en Chile, porque

como bien señala Bouzat: «la legitimidad democrática del control judicial de constitucionalidad no puede ser resuelto sin analizar los criterios y valores a los cuales deben recurrir los jueces al interpretar la Constitución». Y en esta materia, si bien el Tribunal Constitucional chileno ha desarrollado algunos criterios, como señala Emilio Pfeffer en su «Análisis de los criterios interpretativos del Tribunal Constitucional en Chile (período 1981-1990)», lo cierto es que aún son insuficientes y, en especial, en el ámbito de la inaplicabilidad y de la protección (amparo).

Bouzat justifica, de otra parte, la legitimidad del control de constitucionalidad en que la democracia es una compleja combinación de voluntad y razón, de un modo semejante a la distinción realizada por Francisco Zúñiga para referirse a la naturaleza de la ley<sup>11</sup>. En consecuencia, si «la justificación de la democracia se basa en los valores de la autonomía personal y de la imparcialidad... los jueces no incurrirían en una decisión ilegítima cuando invalidan una decisión mayoritaria que limita los derechos fundamentales, o que no contempla de manera imparcial los derechos e intereses de ciertos grupos o personas». Los jueces, en consecuencia, «pueden apelar a argumentos basados en razones democráticas para invalidar aquellas decisiones mayoritarias que contradicen la fuente misma de su propia legitimidad democrática».

Sin embargo, el constitucionalista argentino sólo valora la legitimidad del tribunal cuando ésta se ejerce en el caso concreto de que se trata y considera que las razones que ha dado «no alcanzan... para justificar el control

<sup>11</sup> Respecto de la ley, señala F. Zúñiga U. en su ponencia: «Podríamos concluir en este punto que asentada en la *ratio* se "impone como natural la superioridad y generalidad de la ley" (Castro y Bravo), y asentada en la *voluntas* se impone la coercibilidad y forma de la ley».

abstracto y preventivo a cargo de un tribunal constitucional», en cuanto —a su juicio— «existen diferencias entre el razonamiento justificatorio de normas generales y el que justifica la aplicación de la norma a un caso determinado».

Las expresiones del profesor Bouzat caen ciertamente en un terreno (el chileno) muy sensible a los problemas sobre la naturaleza y la legitimidad de la jurisdicción constitucional y, aunque si bien es cierto —como él sostiene— que «no puede construirse una teoría constitucional, ni diseñarse instituciones democráticas, sin una teoría sobre la fundamentación de la democracia», nos parece que la justicia constitucional en los países donde se ha instaurado en forma seria no ha sido un obstáculo al desarrollo y fortalecimiento de la democracia. En Chile, la falta de vocación constitucional de la Corte Suprema, la existencia de un Senado con un origen parcialmente no democrático y la ausencia de una auténtica unidad interpretativa de la Constitución, parecen aconsejar —de la manera que en sus exposiciones refieren los profesores Cumplido y Nogueira— una mayor concentración de la jurisdicción constitucional en el

Tribunal Constitucional, aunque reformado en cuanto a su actual integración y atribuciones.

La solución esbozada por Nogueira incluye la equiparación de los tres poderes del Estado en el nombramiento de los jueces del Tribunal, la ampliación de su número, su renovación parcial cada tres años y, desde el punto de vista del fondo, la de otorgarle competencia en materia de protección extraordinaria de derechos fundamentales. Propone, también, ampliar sus atribuciones para resolver los problemas de constitucionalidad sobre los autoacordados de los tribunales superiores de justicia y del Tribunal Calificador de Elecciones y sobre los reglamentos parlamentarios y se declara partidario de establecer el control del Tribunal Constitucional sobre las omisiones inconstitucionales.

Creemos, sin embargo, que un poder de estas características requiere de una realidad política y constitucional distinta de la actual y manifestamos nuestro convencimiento de que sólo en un esquema de cambio, que importe la generación de un nuevo consenso constitucional, podrá efectivamente imponerse un verdadero sistema de justicia constitucional para Chile.

MAXIMILIANO TORICELLI (coord.): *El amparo constitucional. Perspectivas y modalidades (Art. 43 de la Constitución nacional)*, Depalma, Buenos Aires, 1999, 271 pp.

Por JOAQUÍN BRAGE CAMAZANO \*

1. Es sabido que, en un contexto como el iberoamericano, caracterizado históricamente por una gran inestabi-

lidad constitucional, la Constitución argentina de 1853-1860<sup>1</sup> (CA, en adelante) destaca por su envidiable lon-

\* Área de Derecho Constitucional. Universidad de Santiago de Compostela.

<sup>1</sup> Una buena exposición global sobre el sistema constitucional argentino puede verse en GERMÁN J. BIDART CAMPOS, «El sistema constitucional argentino», en DOMINGO GARCÍA BELAUNDE, FRANCISCO FERNÁNDEZ SEGADO y RUBÉN HERNÁNDEZ VALLE, *Los sistemas cons-*



gevidad, por más que haya tenido momentos de «salud delicada», superados hoy con vigor renovado desde la llamada «reinstitutionalización» del país en 1983. Naturalmente que ello se ha podido lograr sólo por medio de una constante adaptación al «espíritu de los tiempos», que es lo que ha permitido hacer del texto constitucional, con sus más y sus menos, «a living document» y ha dado lugar a que arraigue en Argentina un «sentimiento constitucional». Y esa adaptación dinámica a la realidad política, social y económica de cada momento se ha producido, básicamente, a través de dos vías: una jurisprudencia constitucional, sobre todo de la Suprema Corte, muy rica y creativa, que hace transplantable a Argentina, *mutatis mutandis*, la conocida frase de Frankfurter de que «the Court breathes life, feeble or strong, into the inert pages of the Constitution and the statute books»<sup>2</sup>; y por otro lado, las reformas constitucionales, allí donde había «obstáculos» (a la acomodación a las nuevas exigencias sociales) que no podían superarse por la vía pretoriana, o ésta no era idónea para ello.

2. Una de estas reformas constitucionales, bien reciente, de 1994, ha venido a incorporar al texto constitucional a la acción de amparo. Y es que la Constitución originaria no contemplaba expresamente remedios sumarios de tutela para los derechos constitucionales, que de esta forma no existieron pese a las críticas doctrinales que a ello se formularon y pese a ciertas propuestas legislativas tendentes a su introducción desde casi principios de este siglo. Tampoco se constituciona-

lizó el amparo con ocasión de la importante reforma constitucional de 1957, por no prosperar las diversas iniciativas en esa dirección. Por otra parte, diversas Constituciones provinciales, como la de Santa Fe de 1921, previeron el amparo de una u otra forma, lo que, junto a lo anterior, de manera muy especial el influjo de la doctrina, constituyó un poderoso impulso para la creación de un amparo y una conciencia proclive a él. Así se explica también el planteamiento ante la propia Corte Suprema argentina de la cuestión de si el hábeas corpus podía extenderse a derechos distintos de la libertad personal, lo que motivaría una conocida resolución de la Corte en el caso «Bertotto» en la que se sentaría la doctrina de que «ni en la letra, ni en el espíritu, ni en la tradición constitucional de la institución de hábeas corpus, se encuentran fundamentos para aplicarlo a la libertad de la propiedad, del comercio, de la industria [...] Contra los abusos e infracciones de particulares y funcionarios respecto de esos derechos, las leyes y la jurisprudencia consagran remedios administrativos y judiciales». Esta doctrina se mantendría de forma paladinamente clara en sentencias posteriores, si bien ya en 1950 se produce una disidencia que, una vez más, iba a hacer cierto el axioma del Juez Holmes de que las opiniones disidentes de hoy son la jurisprudencia de mañana. En esa opinión, el Juez Casares sostuvo que «la realidad concreta de los derechos está condicionada por la existencia de garantías efectivas para su ejercicio. Por eso se aclara en el artículo

*titucionales iberoamericanos*, Dykinson, Madrid, 1992, pp. 37-98. Un trabajo cuyo valor permanece, pese al paso del tiempo, es el de NICOLÁS PÉREZ SERRANO, «La nueva Constitución argentina», en su libro *Escritos de Derecho Político I*, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1984, pp. 413 ss.

<sup>2</sup> FRANKFURTER, «The Supreme Court in the mirror of Justices», *University of Pa. Law Review*, núm. 105 (1957), p. 793, cit. por ROBERT A. DAHL, «Decision-making in a democracy: The Supreme Court as a national policy-maker», *Journal of Public Law*, núm. 6, p. 280.

36 de la Constitución que la enumeración de garantías hecha en ella no debe entenderse como la negación de las no enumeradas. Lo cual no sólo abre la posibilidad de que las leyes completen con otras el cuadro de las enumeradas sino que, cuando la garantía de un derecho no es expresa y especialmente legislada, impone una interpretación de la garantía de la libertad con que se cierra la enumeración del artículo 29 tan amplia como sea necesario para que el derecho en cuestión no quede sin esa indispensable condición de su vitalidad o vigencia real».

El paso siguiente iba a ser el fallo pronunciado por la Corte Suprema siete años más tarde, el 27 de diciembre de 1957 (caso «Siri»). Aunque con un voto particular, sostendría el tribunal en tal ocasión, en un auténtico *overruling* de su jurisprudencia anterior, que basta la comprobación inmediata de la afectación de un derecho constitucional «para que la garantía constitucional invocada sea restablecida por los jueces en su integridad, sin que pueda alegarse en contrario la inexistencia de una ley que la reglamente: las garantías individuales existen y protegen a los individuos por el solo hecho de estar consagrados por la Constitución e independientemente de las leyes reglamentarias (...) Esta Corte Suprema, en su actual composición y en la primera oportunidad en que debe pronunciarse sobre el punto, se aparta así de la doctrina tradicionalmente declarada por el Tribunal en cuanto relegaba al trámite de los procedimientos ordinarios, administrativos o judiciales, la protección de las garantías no comprendidas estrictamente en el *habeas corpus*».

Esta creación judicial del amparo dio lugar casi nueve años después a la ley 16.986, de octubre de 1966, reguladora del amparo, dictada durante un gobierno «de facto». No obstante,

a lo largo de esos años el Tribunal conoció de muchos procesos de amparo y fue elaborando una compleja doctrina constitucional en la materia que, a la postre, condicionaría al propio legislador. Una reciente reforma constitucional (1994) ha supuesto, por lo demás, la consagración a nivel constitucional de un conjunto de garantías de los derechos fundamentales que, si bien hace ya tiempo habían encontrado acogida jurisprudencial e incluso legal en el ordenamiento argentino, ahora han adquirido, como correspondía, un fundamento constitucional directo, con lo que ello supone de indisponibilidad para el legislador. Pero es que, además, la amplitud y generosidad con que la nueva redacción acoge estas garantías supone una amplitud y extensión de las mismas que supera la que la jurisprudencia, las leyes y la propia doctrina les dio, que ahora habrán de adaptarse a la nueva regulación, ya constitucional.

3. La obra colectiva que se recensiona recoge una selección de las ponencias y comunicaciones presentadas en las segundas jornadas locales sobre Derecho Procesal Constitucional organizadas en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales del Rosario, de la Universidad Católica Argentina. Se trata de un conjunto de ponencias vertebreadas en torno al amparo constitucional, pero, como en el prólogo señala Néstor Pedro Sagüés, «lejos de agotar la discusión jurídica del nuevo amparo, esta obra intenta auspiciarla. Sólo merced a ese diálogo será factible asumir maduramente la enmienda constitucional» y contribuir, así, a la reflexión de quienes tienen la difícil tarea de reglamentar el nuevo amparo (y el *habeas data*).

4. Los distintos trabajos sobre el amparo que se incluyen en la obra van precedidos de unas reflexiones de Bidart Campos sobre «La fuerza normativa de la Constitución». El tema ha

sido tratado abundante y brillantemente en la doctrina europea<sup>3</sup>, y sobre esa base Bidart realiza una serie de consideraciones originales, resultando quizás de especial interés su aplicación sobre este punto de la teoría tridimensional del Derecho: «En efecto, hay un orden o una dimensión de normas, donde ubicamos a la constitución escrita y le asignamos la tan reiterada fuerza normativa; hay un orden de conductas o una dimensión sociológica, donde situamos las acciones y las omisiones, que pueden o no concordar con las normas, y si no concuerdan acusamos a esta desafinidad como violatoria de la constitución —entre otras razones, por no prestar acatamiento a su fuerza normativa—; por último, hay un orden o una dimensión del valor, desde cuyo horizonte llevamos a cabo las valoraciones y podemos predicar que en la dimensión sociológica hay conductas que realizan valores con signo positivo, y otras que lo realizan con signo negativo (porque son disvalio-

sas)». Esta triple visión «deja en claro que la teoría de la fuerza normativa, con adscribir tal cualidad a las normas de la Constitución, no prescinde del dato realista de que en la dimensión sociológica de las conductas operan ingredientes, condiciones, obstáculos y factores a los que hay que deparar atención, porque las normas y su fuerza normativa son dependientes de lo que ese cúmulo fáctico les aporte con funcionalidad favorable para alcanzar la eficacia», o en otros términos, «para que la vigencia sociológica de la constitución acompañe a la fuerza normativa de su conjunto normológico»<sup>4</sup>. Se refiere también, en detalle, Bidart a las omisiones inconstitucionales, a la vinculatoriedad de los derechos (fundamentales) y al rango jerárquico del Derecho internacional (en particular, el de los derechos humanos y la integración comunitaria), defendiendo su primacía, que dejaría incólume la supremacía constitucional, pues es de la propia Constitución de donde deriva esa primacía<sup>5</sup>.

<sup>3</sup> Un punto de referencia indispensable es KONRAD HESSE, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, C.F. Müller, Heidelberg, 1995, pp. 16-18; también, p. 29, donde se refiere a la fuerza normativa de la Constitución como uno de los principios de la interpretación constitucional, junto al de unidad de la Constitución, el de la concordancia práctica, el de la corrección funcional y el del efecto integrador. En España, véase EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Civitas, Madrid, 1991.

<sup>4</sup> Y es que, como dice Hesse, «la existencia de una Constitución es en primer término una cuestión de su fuerza normativa. Cuanto más se corresponda el orden constitucional a los datos de la situación histórica, tanto mayor es la disposición a reconocer los contenidos de la Constitución como vinculantes y cuanto más firme es la determinación de actualizar estos contenidos también contra resistencias, tanto más y más seguramente se evitarán aquellos peligros o podrán ser resistidos. Donde falta o decae el consenso básico en que la fuerza normativa de la Constitución en último término se basa, pierde ésta el fundamento de su fuerza vital y eficacia y las solas garantías institucionales ya no pueden ayudar», aunque, naturalmente, ello no significa que éstas sean superfluas. KONRAD HESSE, *Grundzüge des...*, cit., p. 288.

<sup>5</sup> Esta supremacía del Derecho internacional no suele ser defendida desde el ámbito del Derecho Constitucional. Otra cosa sucede desde la perspectiva del ordenamiento internacional, pues es sabido que el artículo 26 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, de 23 de mayo de 1969, establece que «todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe», contemplando además expresamente la posibilidad de contradicción del Tratado con las normas internas del país de que se trate, cuestión que resuelve terminantemente en el sentido de que ninguna de las partes podrá «invocar las disposiciones de Derecho interno como justificación del incumplimiento de un Tratado». Y entre esas normas internas no invocables se encuentra incluida la propia Constitución, como ha sostenido tanto el Tribunal Permanente de Justicia Internacional (TPJI)

En especial, destaca Bidart Campos, como uno de los aspectos fundamentales de la fuerza normativa de la Constitución, la necesidad de que existan mecanismos aptos de defensa de la constitución; de que, en caso de que esa fuerza normativa no se produzca espontáneamente, «opere con vigor un sistema garantista amplio con todos los mecanismos de control, todas las vías procesales, toda la apertura necesaria de la legitimación, y todos los efectos que en el área de los órganos políticos y de la jurisdicción constitucional muestran rendimientos favorables».

5. Pues bien, entre esas vías procesales descuellan, sin duda, el amparo.

Y a su legitimación activa dedica su trabajo Toricelli, tras la reforma de 1994. Es una legitimación triple, que corresponde en primer lugar al afectado, que deberá serlo, a su juicio, en un derecho subjetivo, interés legítimo o interés difuso, pero no en un mero interés simple, en el que no hay, como sí lo hay en los intereses difusos, una afectación de manera principal o directa sino que lo que interesa es la buena marcha del orden público<sup>6</sup>. Aparece legitimado, en segundo lugar, el Defensor del Pueblo, discrepando la doctrina sobre si su legitimación se extiende al ámbito provincial, por un lado, y a los poderes judicial y legislativo (al menos en cuanto ejerzan ac-

como el Tribunal Internacional de Justicia (TPI) o la Corte Interamericana de Derechos Humanos. El primero sostiene, por ejemplo, lo siguiente: «[...] un Estado no puede invocar respecto a otro Estado su propia Constitución para sustraerse a las obligaciones que le imponen el Derecho Internacional o los Tratados en vigor» (TPIJ, Serie A/B, núm. 44, p. 24). Ello, en cualquier caso, no supone una primacía del Derecho Internacional sobre el Derecho interno pues ése es un terreno donde el Derecho Internacional Público deja libres a los respectivos Derechos internos; lo que sí está fuera de duda es que el incumplimiento genera responsabilidad internacional. De ahí que en algunos ordenamientos, como el español, se prevea un mecanismo procesal de control previo de la constitucionalidad de los tratados internacionales frente al régimen general de control constitucional *a posteriori*; o una regulación especial como el artículo 277.2 de la Constitución portuguesa.

<sup>6</sup> Puede ser de interés recordar que en el sistema constitucional español se reconoce el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva de todas las personas en el ejercicio de sus derechos e «intereses legítimos». Y el Tribunal Constitucional (TC, en adelante) ha interpretado que el concepto de «interés legítimo» es más amplio que el de «interés directo» utilizado por la anterior Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa, bastando con que exista un interés «legítimo» para que se haya de reconocer legitimación tanto en vía de amparo ordinario ante cualquier juez o tribunal, como en la vía de amparo ante el TC (STC 60/1982, de 11 de octubre, FJ 31). «Es preciso», dirá el TC, «que quien aparezca como demandante se halle en una específica relación con el objeto de las pretensiones que pueden deducirse en esta vía, ya consista tal relación en la titularidad propia de un derecho o libertad fundamental presuntamente vulnerado o, incluso, en un mero 'interés legítimo' en la preservación de derechos o libertades, igualmente fundamentales, de otros. [...] Ahora bien, este Tribunal ha precisado que la expresión 'interés legítimo' utilizada en nuestra Norma fundamental, aun cuando sea un concepto diferente y más amplio que el de 'interés directo', ha de entenderse referida a un interés en sentido propio, cualificado o específico. No cabe, pues, confundirlo con el interés genérico en la preservación de derechos que ostenta todo ente u órgano de naturaleza 'política', cuya actividad está orientada a fines generales y que ha de cumplir y respetar la legalidad en su sentido más amplio y hacerla cumplir en su ámbito de atribuciones» (STC 257/1988, de 22 de diciembre, FJ 31). Y así, por ejemplo, «es evidente que en el mismo [el concepto de interés legítimo] hay que entender incluido el interés profesional de promoción y defensa de una categoría de trabajadores, del que puede ser titular no sólo cada uno de ellos, individualmente considerados, sino también cualquier asociación o Entidad que haya asumido estatutariamente esos mismos fines», como era la Asociación de Profesores de Religión de Centros Estatales (STC 47/1990, de 20 de marzo, FJ 21).

tividades administrativas), por otro. Toricelli entiende que aunque su ámbito de actuación está enmarcado en la órbita federal, no puede impedirse su actuación en el ámbito provincial, si bien deberá existir entonces una relación de cooperación con sus homólogos provinciales; y no le parece, en cambio, viable, salvo que la ley así lo estipule, que su función alcance a los poderes legislativos y judiciales. Por otro lado, la Suprema Corte ha entendido que «admitir la posibilidad de que el Defensor del Pueblo peticione sin bases objetivas que permitan afirmar un perjuicio inminente, importaría conferirle el privilegio de accionar sin que concurran los presupuestos básicos de la acción, ejerciendo, de ese modo, una función exorbitante y abusiva; y lo que sería más grave aún, consentir que actúe fuera del Estado de Derecho que a él mismo incumbe tutelar».

Y en tercer lugar, se legitima para «interponer esta acción contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general», a las «asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización» (art. 43 CA). Algunos autores entienden que, en tanto no se dicte esa ley,

las mencionadas asociaciones carecen de legitimación. Pero otros autores y la jurisprudencia, tanto la «menor» como la de la Suprema Corte, se orientan en sentido contrario, dotando, a falta de la específica ley, a la previsión constitucional de operatividad inmediata, de manera que goza de legitimación procesal cualquier asociación que esté constituida conforme a la ley (y no a una ley especial a dictar) y en cuyo objeto social figuren los intereses referidos en el artículo 43.2 CA (discriminación, ambiente, etc.)<sup>7</sup>.

Sobre la legitimación por intereses difusos en el amparo concentran su atención Mario E. Chaumet y Alejandro A. Menicocci en su contribución, para lo cual parten de la distinción entre derecho subjetivo, interés legítimo e interés simple. Los difusos serían una categoría intermedia entre los intereses legítimos y los simples<sup>8</sup>. Examinan las diversas posibilidades teóricas de tutela de estos intereses, por medio de una legitimación orgánica (pública, en favor de sujetos privados colectivos con personalidad jurídica propia; o privada, en favor de sujetos o instituciones públicos), una legitimación social (grupos, incluso sin personalidad jurídica) y la legitimación popular. Y se centran estos autores, luego, en el estudio de la cuestión en la nueva regulación del artículo 43 CA, ya citado, considerando que el inciso

<sup>7</sup> Sobre las posibilidades que ofrece la acción de amparo, en concreto, para la protección y defensa del consumidor, se incluye en el libro un artículo monográfico de Noemí Lidia Nicolau, que estudia de manera exhaustiva y sistemática sus principales aspectos: legitimación, objeto, requisitos de admisibilidad, efectos de la sentencia, lagunas de protección y supuestos básicos de aplicación.

<sup>8</sup> Los intereses difusos son un concepto acuñado por la doctrina italiana (MAURO CAPPELLETTI, «La protection des intérêts collectives et de groups dans le proces civil», *Revue Internationale de Droit Comparé*, 1975, pp. 573 ss.), pronto acogido en España y otros países, europeos y americanos. Se trata de intereses sociales y colectivos de amplia difusión que, subjetivamente, se refieren a colectivos poco precisos en su composición, generalmente anónimos e indeterminados aunque, con dificultades, determinables. El carácter de difusos o imprecisos también se manifiesta desde una perspectiva objetiva, porque las prestaciones debidas para su satisfacción y la determinación del sujeto o sujetos que tienen a su cargo el deber de satisfacerlos también son imprecisos. JOSÉ ALMAGRO NOSETE, «La protección procesal de los intereses difusos en España», *Justicia*, 1983, pp. 70 ss.

«derechos de incidencia colectiva en general» es un «concepto válvula» que consagra un sistema de *numerus apertus*. Se analiza, así, la legitimación activa y pasiva, el papel del juez y el Ministerio público, las medidas cautelares, el costo del proceso, las presentaciones temerarias y los efectos de la sentencia.

6. Otra autora, María Mercedes Serra, se ocupa del tema del rechazo *in limine* del amparo, entendiendo que los requisitos de admisibilidad son más estrictos que en los procesos ordinarios, y por ello el juez del amparo cuenta con mayores facultades que en el proceso civil en general para verificar el cumplimiento de tales requisitos y acordar el rechazo liminar. En concreto, el juez deberá constatar que se cumplen todos los requisitos formales exigibles a una demanda judicial, que la interposición no sea extemporánea, y se haga ante el juez competente y por persona legitimada. Además: 1) frente a la invocación y demostración por el interesado de la inexistencia de otro medio judicial más idóneo será admisible el amparo; 2) si hay otra ruta procesal más idónea, se habrá de seguir ésta; 3) de tratarse de una vía igual o peor que el amparo, el acto lesivo deberá padecer de un vicio palmariamente arbitrario o ilegal que sólo pueda ser solucionado por este medio, ya que de lo contrario, el reclamo se debe conducir por otros canales procesales, que son los que ofrecen mayor amplitud de debate.

7. También resulta de gran interés el trabajo de Néstor Pedro Sagüés, sobre los efectos expansivos de la cosa juzgada en la acción de amparo cuando se trate de sentencias concernientes a derechos colectivos, difusos o de incidencia colectiva, efectos expansivos que se proyectan hacia terceros que no han intervenido en el amparo, «con lo que dichas resoluciones admisorias del amparo pueden indirectamente afectar

derechos constitucionales de esos terceros, generalmente beneficiados por el acto lesivo discutido en el amparo». Con ello se plantea un desafío constitucional y procesal, pues también esos terceros han de poder exigir una tutela constitucional de sus derechos. Y concluye su trabajo con estas palabras: «Parece oportuno, pues, programar soluciones serias al conflicto que comentamos. Las vías ensayadas transitan por encuadrar la legitimación activa dentro de supuestos más racionales y precisos, citar a los terceros beneficiados por el acto lesivo impugnado en el amparo, o planear una acción especial de revisión, o la interposición por el tercero afectado de un recurso extraordinario, contra la sentencia de amparo que le perjudica y en donde no se le ha permitido actuar o dado intervención», posibilidades que Sagüés analiza en detalle y que habrán de ser tenidas en cuenta por la ley reglamentaria del amparo para resolver los conflictos procesales y constitucionales que se planteen.

8. Otro de los trabajos incluidos es el de Puccinelli, en el que, tras una serie de consideraciones generales, se estudian los derechos de los operadores, de los usuarios y de los registrados respecto de las informaciones de las personas que se hallan en bancos de datos y archivos de entidades públicas o privadas. Para la defensa de los derechos fundamentales a la intimidad, a la honra y al buen nombre se ha creado, en diversos países, bien como derecho fundamental autónomo bien como mecanismo procesal constitucional de tutela, el llamado *habeas data*. Estudia el autor, siguiendo a Sagüés, los tipos y subtipos de *habeas data* en el Derecho Constitucional contemporáneo y, por último, examina minuciosamente la regulación constitucional en esta materia en Brasil, Colombia, Paraguay, Perú, Ecuador y Argentina (naturaleza jurídica, objeto, legitimación

activa y pasiva, bienes jurídicos tutelados y jurisprudencia).

\* \* \*

Se trata, en suma, de una obra que nos permite una aproximación con cierto detalle al amparo argentino en su nueva configuración tras la inserción de este instituto en el texto de la Constitución por la reforma de 1994. No cabe duda de que falta todavía una adecuación de la legislación ordinaria a esta nueva regulación constitucional, algo que todavía no se ha acometido, y sobre todo falta un cuerpo jurisprudencial más o menos consolidado en torno a la nueva regulación, y sólo cuando se cubran estas carencias esta-

remos en condiciones de dar un perfil acabado (sin perjuicio, claro está, de la siempre necesaria evolución, legal y jurisprudencial) del instituto que nos ocupa. Mientras tanto, el libro reseñado constituye un importante punto de referencia para conocer el amparo en su regulación y realidad actuales. Como termina Sagüés su prólogo, «se puede anticipar que la temática enfocada es moderna y polémica, apta para abrir nuevos rumbos y evaluar los logros obtenidos hasta el presente [...]. Además, ante diversos proyectos legislativos en marcha, reglamentarios del amparo y del hábeas data, estas páginas invitan a mayores reflexiones a quienes tienen la difícil tarea de sancionar tales normas reguladoras».





# **REVISTA DE REVISTAS**

