

PAULO BONAVIDES, *Teoria Constitucional da Democracia Participativa. Por um Direito Constitucional de luta e resistência. Por uma Nova Hermenêutica. Por uma repolitização da legitimidade*, Malheiros Editores, São Paulo, 2001.

POR MARIA ELIZABETH GUIMARÃES TEIXEIRA ROCHA *

Paulo Bonavides¹ em sua mais recente publicação, *Teoria Constitucional da Democracia Participativa. Por um Direito Constitucional de luta e resistência. Por uma Nova Hermenêutica. Por uma repolitização da legitimidade*², produz uma profunda revisão crítica sobre as vicissitudes da democracia face às contradições do desenvolvimento capitalista globalizado que desafiavam estruturas sociais e superestruturas ideológicas.

Compõe e finaliza a presente obra uma trilogia «volvida para a liberdade, igualdade e justiça», nas palavras do autor³, que se iniciou com a publicação do *Curso de Direito Constitucional* e teve continuidade na Coletânea intitulada

de *Do País Constitucional ao País Neocolonial*. Os três livros, tomados conjuntamente, encerram reflexão sofisticada acerca da despolitização da legitimidade, tragédia jurídica que atinge diretamente os povos do Terceiro Mundo por não terem conseguido explicitar os meios técnicos de realização e sustentação do aparato democrático considerando-se, sequer, haverem os direitos fundamentais concretizado-se na prática.

À evidência, tal fenômeno — a neutralização do político — esteriliza igualmente as relações de países não periféricos, debilitados pela empostação tecnocrática e pelo gradativo desligamento do cidadão do processo decisório.

* Profesora de Derecho Constitucional. Universidad Federal de Minas Gerais. Belo Horizonte (Brasil).

¹ O Professor Paulo Bonavides, brilhante constitucionalista brasileiro, é Professor Emérito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará; doutor *honores causa* pela Universidade de Lisboa; Professor Visitante nas Universidades de Colonia, Tennessee e Coimbra; Membro Correspondente da Academia de Ciência da Renânia do Norte-Westfália na Alemanha; do Instituto de Derecho Constitucional y Político da Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Nacional de La Plata na Argentina; do Grande Colégio de Doutores da Catalunha; Membro do Comitê de Iniciativa que fundou a Associação Internacional de Direito Constitucional em Belgrado; Membro da «Association Internationale de Science Politique» na França; da «Internationale Vereinigung für Rechts-und Sozialphilosophie» em Wiesbaden, Alemanha; da Academia Brasileira de Letras Jurídicas; do Instituto Ibero-Americano de Direito Constitucional, da Ordem dos Advogados do Brasil, do Instituto dos Advogados Brasileiros e da «Nieman Fellow Associate» da Universidade de Harvard. Prêmio Carlos de Laet da Academia Brasileira de Letras; Prêmio Medalha Rui Barbosa da Ordem dos Advogados do Brasil e Prêmio Teixeira de Freitas do Instituto dos Advogados Brasileiros.

² Malheiros Editores, São Paulo, 2001.

³ *Ibidem*, p. 7.

Habermas referir-se-ia a este enfraquecimento da capacidade de integração da sociedade às estruturas de poder como «déficits de legitimação e regulação»⁴.

Com efeito, segundo Paulo Bonavides, «a legitimidade tem-se apresentado, de último, nas reflexões jurídicas sobre a matéria, despolitizada, neutralizada e subsumida, por uma suposta evidência de sua identidade conceitual e axiológica com a legalidade, enquanto expressão formal e acabada do triunfo das ideologias liberais»⁵.

Isto porque o positivismo, alargando as expansões dogmáticas, proscreveu a juridicidade dos princípios constitucionais, conservando-a, tão somente, nas disposições normativas da Lei Maior⁶.

Este desvirtuamento exegético, levou a inaplicabilidade do conceito de legitimidade à *práxis* institucional, pois tornou-o indiferente aos valores, vazio e, conseqüentemente, inócuo⁷.

Insurgindo-se contra esta compreensão estática da Ciência Constitucional, fórmulas teóricas renovadoras buscam reconstituir os princípios e valores — *norma normarum* de todo Ordenamento Jurídico —, repolitizando-os⁸.

Tal reconstrução é empreendida por Paulo Bonavides ao propor uma transformação substantiva do papel do magistrado.

Identifica o autor, a existência de três legisladores no Estado, responsáveis pelas tarefas normativas do regime; o legislador de primeiro grau, criador da Lei Fundamental, cuja autoridade remanesce no corpo representativo para introduzir alterações na Carta, aprimorando-a; o legislador de segundo grau, a quem é atribuído o *munus* de editar as normas infraconstitucionais, assistido nesta função pelo Chefe do Poder Executivo e, o legislador de terceiro grau, «a saber, o juiz, que dirime conflitos e faz a norma jurídica do caso concreto, legislando entre as partes»⁹.

⁴ JÜRGEN HABERMAS, *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*, volume II, tradução de Flávio Beno Siebeneichler, Tempo Brasileiro, Rio de Janeiro, 1977.

⁵ *Teoria Constitucional da Democracia Participativa*, op. cit., p. 17.

⁶ *Ibidem*, p. 18.

⁷ PAULO BONAVIDES, «A despolitização da legitimidade», Separata da Revista *O Direito*, Portugal, 1993, I-II, p. 61.

A pacificação do Estado Social neutraliza a cidadania, substituindo-a por uma relação de clientela. O Estado é apresentado como uma empresa, que tem por acionistas cidadãos com dividendos desiguais a receber, mas todos interessados numa boa gestão, dependentes que são da qualidade e dos serviços sociais por ele prestados. «Teoricamente, portanto, o exercício do poder relevará mais da técnica do que da ideologia». LUZIA MARQUES DA SILVA CABRAL PINTO, *Os limites do poder constituinte e a legitimidade material da Constituição*, Coimbra Editora, 1999, p. 188.

Do ponto de vista da ação política a conseqüência é nefasta. A democracia, erigida à medida supra-ordinatória e institucionalizada na norma racional, é reduzida a mito por não guardar correspondência com a realidade.

⁸ Buscando o aperfeiçoamento da ordem social e jurídica, novas correntes doutrinárias teorizam sobre o Poder, propondo modelos que legitimam o Estado como comunidade política moral, fundadas na premissa de revitalização e cumprimento dos direitos individuais. Autores como John Rawls, Robert Nozick e Ronald Dworkin, buscam reinterpretar o contratualismo e o próprio liberalismo a partir da dimensão de conflitualidade que a democracia, como processo, oferece.

Nas palavras de Habermas, «o Estado democrático de direito não se apresenta como uma configuração pronta, e sim, como um empreendimento arriscado, delicado e, especialmente, falfível e carente de revisão, o qual tende a reatualizar, em circunstâncias precárias, o sistema dos direitos, o que equivale a interpretá-los melhor e a esgotar de modo mais radical o seu conteúdo», in *Direito e Democracia*, vol. II, op. cit., p. 118.

⁹ PAULO BONAVIDES, *Teoria Constitucional da Democracia Participativa*, op. cit., p. 21.

«Intérprete normativo no ocaso da velha dogmática jurídica, esse juiz tende, desde o evento da Nova Hermenêutica, a ser, com razão, o legislador por excelência; aquele que tanto na esfera tóxica como sistemática dissolve as antinomias do positivismo ou combina, na concretude social e jurisprudencial, a doutrina com a realidade, o dever-ser com o ser e integrado aos quadros teóricos da democracia participativa terá legitimidade bastante com que coibir de uma parte as usurpações do Executivo, de outra as tibiezas e capitulações do Legislativo»¹⁰.

Inferre-se daí, transcender o exercício da jurisdição a égide do legalismo formal e rígido para alcançar o legitimismo

principiológico e material¹¹. Neste sentido, o fortalecimento do processo democrático passa, necessariamente, pelo Poder Judiciário¹² — garante da supremacia constitucional — em sua função de interpretação, construção e integração do Direito¹³.

Com efeito, o processo de invalidação da norma inconstitucional, bem como o de complementação e explicitação da lei insuficiente ou de defeituosa individualização, há de harmonizar-se com o conjunto sistemático da ordem jurídico-normativa superior, de forma a valorizar «a coesão, a congruência e a identidade do sistema»¹⁴, sem olvidar o que Lassalle chamaria de «os fatores reais do poder»¹⁵.

¹⁰ *Ibidem*, p. 21.

¹¹ *Ibidem*, p. 22.

¹² A eficácia da garantia jurisdicional na fiscalização da constitucionalidade é sustentada por Jorge Miranda: «Se é verdade que qualquer meio, em princípio, pode ser elevado a jurídico e se uma garantia política ou uma garantia privada da Constituição se perfilam entre as garantias jurídicas, havemos de reconhecer que o meio jurisdicional se revela o meio de garantia de conteúdo jurídico mais rico», in *Manual de Direito Constitucional — Introdução à Teoria da Constituição*, tomo II, 2ª ed. (reimpressão), Coimbra Editora, Limitada, 1988, p. 305.

¹³ Francisco Fernandez Segado destaca a relevância da atuação da Tribunal Constitucional, a quem corresponde desempenhar importantíssima função integradora: «Es misión del mismo afirmar la primacía de la Constitución y ésta — y ello no puede ser olvidado — tiene una decisiva función integradora que se muestra en la afirmación de unos valores que sustentan y orientan el proceso integrador, así como por el establecimiento de unas normas por referencia a las cuales la pluralidad de los preceptos se integra en la unidad fundamental del orden jurídico», in *La Jurisdicción Constitucional en España*, Dykinson, Madrid, 1984, p. 54.

¹⁴ *Teoria Constitucional da Democracia Participativa*, *op. cit.*, p. 237. Deste teor a doutrina de Jorge Miranda, onde se lê: «A Constituição deve ser tomada, a qualquer instante, como um todo, na busca de uma unidade e harmonia de sentido. O apelo ao elemento sistemático consiste aqui em procurar as recíprocas implicações de preceitos e princípios em que aqueles fins se traduzem, em situá-los e tentar defini-los na sua inter-relação e em tentar, assim, chegar a uma idónea síntese globalizante, credível e dotada de energia normativa (...)», *op. cit.*, p. 228.

¹⁵ Ferdinand Lassalle, em 1863, formularia estudos precursores a respeito dos fundamentos não formais, mas essenciais, de uma Constituição, ao criticar a autoritária *Lex Magna* Prussiana de 1850 no texto *Über die Verfassung*, cujo título em português é *A Essência da Constituição*, tradução de Walter Stöner, prefácio de Aurélio Wander Bastos, Editora Liber Juris, Rio de Janeiro, 1985.

«Sua teoria diferenciativa entre a Constituição real e a Constituição escrita (formal), assim como o seu reducionismo sociológico, circunscrevendo a tradicional figura imperativa do Direito — a lei fundamental — aos fatores reais de poder, põe definitivamente em questão a lógica da racionalidade jurídico-formal e abre a discussão sobre a teoria da eficácia das leis», in Aurélio Wander Bastos, prefácio da *A Essência da Constituição*, *op. cit.*, p. xxii.

Posto desta forma, a função metodológica da interpretação criada em âmbito jurisprudencial, demanda perquirição, não apenas, da lógica que advém da racionalidade jurídica, mas também, dos conteúdos históricos, políticos e sociais dissolvidos na normatividade das Constituições¹⁶.

Neste contexto, a *judicial review of legislation*, para além de constituir-se num sistema de medidas técnicas assecuratórias do controle da constitucionalidade, atua eficazmente na concretização e desenvolvimento do Direito Constitucional, objeto da tensão permanente entre a dogmática legalista e o *factum social*¹⁷.

No Brasil, a prática do controle jurisdicional ganha amplitude nas discussões que estendem a aferição da constituio-

nalidade às questões políticas ofensivas à Lei Fundamental no campo das garantias constitucionais.

Diante da complexidade em demarcar os limites do jurídico-político e face a necessidade da intervenção judiciária para preservar o equilíbrio dos *checks and balances*, inadmitte-se o retraimento do Poder Judiciário «na ordem constitucional das sociedades livres»¹⁸.

Nestes termos, a modalidade de controle por via de exceção ou defesa¹⁹ tornou-se instrumento legítimo para a reivindicação das garantias constitucionais amparadas pelo Título II, Capítulo I, da Lei Fundamental da República Federativa do Brasil; *vg*: aquelas concernentes aos direitos e deveres individuais, sociais, políticos e da nacionalidade, vez que, excluir as questões po-

Veementemente refutado pela «norma pura» kelseniana, o determinismo lassalista, em contrapartida, projetar-se-ia aprimorado pela jusfilosofia analítica contemporânea, em suas análises reflexivas acerca da ética teórica e da ética normativa. A propósito do tema consultar: GEORGE NAKHNIKIAN, *El Derecho y las Teorías Éticas Contemporáneas*, tradução de Eugenio Bulygin y Genaro R. Carrió, Distribuciones Fontamara, S. A., México, 1993.

¹⁶ Na lição de Francisco Fernandez Segado: «Es obvio que conceptos como Estado de Derecho, Estado social, libertad, igualdad ..., no pueden ser interpretados sin tener muy presentes las ideas o convicciones sociales y políticas de una comunidad en un momento histórico concreto. Partiendo de esta premisa, pensamos con Lucas Verdú que la Justicia Constitucional óptima no se asienta en una consideración del órgano titular de la misma como una instancia puramente técnica según los esquemas kelsenianos de la pureza metódica, apartándolo de la realidad vital del Estado que es dinamismo político; de ser así, el logro de «a living constitution», una constitución viva, vigente, acorde con la realidad social, conseguido en Norteamérica a través de la *judicial review*, sería mera utopía», in *El Sistema Constitucional Español*, Dykinson, Madrid, 1992, p. 1053.

¹⁷ Este é o entendimento de Manuel García-Pelayo: «La efectividad del Derecho constitucional radica precisamente en la relación dialéctica entre norma y poder, en el hecho de que, si no hay norma jurídica sin poder, no es menos verdad que ningún poder, sobre todo un poder colectivamente ejercido, puede desarrollarse y tener efectividad al margen de las normas, de modo que sin una normativización de los órganos e instituciones supremas del Estado carecería de estructura y se disolvería en el caos», in *Derecho Constitucional Comparado*, Alianza Editorial, S. A., Madrid, 1984, p. 115.

¹⁸ PAULO BONAVIDES, *Curso de Direito Constitucional*, 10ª ed., Malheiros Editores, São Paulo, 2000, p. 292.

¹⁹ Forma de controle da constitucionalidade exercitável à vista de um caso concreto, posto em Juízo, e cujos efeitos declaratórios da sentença só fazem coisa julgada entre as partes litigantes. Sobre o tema consultar: JOSÉ AFONSO DA SILVA, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 6ª ed., Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1990, pp. 45 *et seq.* Ver, ainda, a publicação espanhola: *Los Sistemas Constitucionales Iberoamericanos*, coordenadores: D. GARCÍA BELAUNDE, F. FERNÁNDEZ SEGADO e R. HERNÁNDEZ VALLE, Dykinson, Madrid, 1992, pp. 129-210.

líticas do controle jurisdicional, restringindo sua argüição à via direta, figurar-se-ia critério discriminativo de exercício da cidadania, sabido que a legitimidade *ad causam* ativa para interposição desta ação é restritiva²⁰.

Diria Paulo Bonavides: «todos os atos legislativos passíveis de uma averiguação de constitucionalidade constituem matéria política»²¹. A afirmação se reforça em se tratando de Medidas Provisórias, editadas e reeditadas à exaustão pelo Poder Executivo Federal, e que se tornaram objeto de permanente questionamento judicial no tocante à sua adequação à Carta *Magna*²². Daí a tese defendida pelo autor, no sentido de que, a alçada judicial ao conhecer atos legislativos incompatíveis com a Lei Maior em matéria de direitos individuais, traça limites eficazes à onipotência do Estado, desarmando-o. «O direito que nos tribunais limita a ação política do legislador, em verdade tolhe os poderes absolutos do Estado»²³.

Amparar os direitos do cidadão, a nível individual e coletivo, revela-se

como a principal conquista do constitucionalismo do Ocidente. Desta forma, outra postura não poderia assumir o Estado de Direito que, ao proclamar a autoridade do Poder Judiciário *to decide on the rights of individuals* na histórica decisão de John Marshall, fez-lhe o pilar de sustentação do sistema democrático.

Se a separação dos poderes descortina-se como a melhor forma de governar, na lição de Montesquieu, o fortalecimento do judicialismo impõe-se como «a primeira salvaguarda da democracia»²⁴.

Rui Barbosa, eminente constitucionalista do passado, afirmaria a propósito: «Quem dá às Constituições realidade, não é nem a inteligência que as concebe, nem o pergaminho que as estampa; é a magistratura que as defende»²⁵.

A preeminência da Judicatura projeta o «futuro da democracia enquanto expressão, síntese e substância de quatro gerações de direitos, cuja concretude, garantia e universalidade, arrimada a elementos constitucionais de proteção,

²⁰ Podem propô-la, somente, o Presidente da República, a Mesa do Senado Federal, a Mesa da Câmara dos Deputados, a Mesa de Assembléia Legislativa dos estados-membros da Federação; o Governador de estado; o Procurador-Geral da República; o Conselho da Ordem dos Advogados do Brasil; partido político com representação no Congresso Nacional e, por fim, confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional, nos termos do disposto no artigo 103, da Constituição Federal, promulgada em 1988.

²¹ PAULO BONAVIDES, *Curso de Direito Constitucional*, op. cit., p. 287.

²² Prevê, o processo legislativo brasileiro, a edição de Medidas Provisórias, com força de lei, pelo Presidente da República, em casos de urgência e relevância. Uma vez editadas, deverão ser submetidas, de imediato, ao Congresso Nacional, a fim de serem convertidas em lei no prazo de trinta dias: Artigo 62 e seu parágrafo único, da Constituição Federal.

Ocorre, contudo, que tal procedimento não se verifica na prática. As Medidas Provisórias não apreciadas pelo Poder Legislativo são sucessivamente reeditadas, possibilitando-se, desta maneira, que o Poder Executivo Federal atue como verdadeiro legislador, e o que é, pior, amparado por decisão do Supremo Tribunal Federal que julgou constitucional esta manifesta invasão de competência. Basta considerar existir Medida Provisória reeditada mais de quarenta vezes, e todas já somam, desde a sua instituição em 1988, mais de duas mil.

²³ *Curso de Direito Constitucional*, op. cit., p. 291.

²⁴ PAULO BONAVIDES, *Do País Constitucional ao País Neocolonial. A derrubada da Constituição e a recolonização pelo golpe de Estado institucional*, 2ª ed., Malheiros Editores, São Paulo, 2001, p. 75.

²⁵ *Ibidem*, p. 84.

nunca poderá, amanhã, prescindir da intervenção eficaz e, se necessário, criativa, do aparelho judiciário»²⁶.

Tais reflexões, por certo, não conduzem ao que Eduard Lambert denominaria de o «governo dos juizes», no qual as decisões dos Tribunais Constitucionais, adotadas por motivos de conveniência e oportunidade política, ocasionariam, dentre outras conseqüências, o fim da jurisdição constitucional, conforme adverte Francisco Fernandez Segado²⁷.

A busca é pelo permanente comprometimento do Poder Judiciário com a

legitimidade do Estado de Direito, «no caminho da honra que a ética da democracia lhe traça, honra depositada nos valores constitucionais, cuja defesa cabe à magistratura»²⁸.

A afirmação do Estado como *ethos*, ideal da cultura cívica e política²⁹, converge para uma compreensão orientada por princípios e diretrizes políticas, resultado da dialética construtiva³⁰.

Neste universo, a prática jurídica, argumentativa por excelência, deve formular pretensões cognitivas que expliquem uma normação legítima³¹.

²⁶ *Ibidem*, p. 74.

²⁷ In *El Sistema Constitucional Español*, *op. cit.*, p. 1053.

²⁸ PAULO BONAVIDES, *Do País Constitucional ao País Neocolonial*, *op. cit.*, p. 85.

²⁹ J. J. GOMES CANOTILHO, *Directo Constitucional*, Livraria Almedina, Coimbra, 1999, p. 496.

³⁰ Ao contrário do sustentado pelos positivistas, na *iuris dictio*, inexistente distinção entre Moral e Direito, posto estar aquela integrada na principiologia do Ordenamento Jurídico. Por conseguinte, as decisões judiciais encontram-se circunscritas às tradições morais historicamente construídas porque exprimem a cultura, os valores e princípios de «uma comunidade de intérpretes», na melhor acepção do pensamento dworkiano. Mais, a Justiça como equidade, edifica-se a partir do juízo social dos indivíduos, num contexto de racionalidade, que perspectiva procedimentos moralmente justificados.

Gomes Canotilho identifica na estrutura funcional das decisões do Tribunal Constitucional complexidade tridimensional, a saber: dimensão processual; dimensão interpretativa, criadora e integradora do Direito Constitucional e dimensão político-constitucional; dimensões que se fundem na dinâmica do Estado de Direito. *Ibidem*, p. 1113.

³¹ JOHN RAWLS, em célebre livro, *Uma Teoria da Justiça*, tradução de Vamireh Chacon, Editora Universidade de Brasília, Brasília, 1981, busca uma definição racional do princípio universal de justiça, a justiça distributiva, entendida como equidade.

Recorrendo ao racionalismo kantiano, a idéia de justiça em Rawls está relacionada à metodologia construtivista que busca definir uma idéia determinada de pessoa (racional, autônoma e livre), envolvida num determinado procedimento (o contrato), com uma determinada finalidade (a escolha os princípios básicos de justiça equitativa).

Sob outra perspectiva, trata-se de negociação cujos representantes são cidadãos livres e iguais, que buscam um acordo —a Constituição— onde os princípios de justiça e a elaboração de um processo político justo, constem naturalmente no Pacto. Nas suas palavras: «O sistema político que presumo ser alguma forma de democracia constitucional, não seria um procedimento justo se não corporificasse tais liberdades», in *op. cit.*, pp. 160-161.

Nos moldes do contratualismo puffendorffiano, firmada a Constituição ideal, os negociadores avançariam para uma nova etapa tornando-se legisladores. Ora, se neste segundo contrato os legisladores falharem ao tentar maximizar as condições de justa igualdade de oportunidade, não estendendo-a à todos os atores sociais, o construcionismo judicial se afigura como a resposta correta para alcançar-se a justiça distributiva.

Por óbvio não se quer atribuir ao Poder Judiciário papel legiferante, em manifesta contrariedade à autonomia e à separação dos Poderes consagrada na grande maioria

As proposições teóricas de Paulo Bonavides sugerem, precisamente, o rearranjo institucional do sistema político democrático, renovado pela «transformação substantiva e axiológica do papel do magistrado» que não se fur-

ta aos imperativos morais da República³².

Obra de grande densidade analítica, reflexão erudita sobre a desfiguração do Estado de Direito, ela inquieta o leitor ao contempla-lo com «uma crítica ética da dominação»³³.

ALLAN R. BREWER-CARÍAS: *La Constitución de 1999*, Editorial Arte, Caracas, 2000;
ASDRÚBAL AGUIAR A.: *Revisión crítica de la Constitución Bolivariana*, Los Libros de El Nacional, Caracas, 2000.

Por JOSÉ LUIS VILLEGAS MORENO *

En Venezuela podemos afirmar con rotundidad que se libró una verdadera batalla hasta llegar a la aprobación y promulgación de la Constitución de 1999, actualmente en vigencia.

El Estado centralizado de partidos reinante en Venezuela desde 1961 entró en una aguda crisis a partir de 1989 y se crispó definitivamente el 4 de febrero de 1992 en el intento de golpe de Estado liderado por el entonces comandante y hoy Presidente de la República Hugo Chávez Frías. El sistema había perdido toda legitimidad. Fue convocada la Asamblea Nacional Constituyente el 25 de abril de 1999 a través de referéndum. Dicha convocatoria se configuró como un hecho inédito en la historia política venezolana. Y por

ello la Constitución de 1999 puede decirse que es la primera producto de una Asamblea Nacional Constituyente electa democráticamente en medio de un proceso de cambio político radical que está experimentando el sistema político. Su misión era la de elaborar una nueva Constitución para el país, que transformara el Estado y creara un nuevo ordenamiento jurídico que permitiera el funcionamiento efectivo de una democracia social y participativa. El 25 de julio de ese año se eligieron los Constituyentes popularmente. La Constitución fue aprobada mediante referéndum el 15 de diciembre de 1999. Fue publicada inicialmente en la *Gaceta Oficial de la República* el 30 de diciembre de 1999, entrando en vigencia desde ese momen-

dos Textos Constitucionais do Ocidente. O que se quer, é reconhecer a importância da sua atuação no sentido de suprir, aperfeiçoar e atualizar a norma legislativa para atender as transformações jurídicas, políticas, sociais e econômicas do Estado. JOSÉ ALFREDO DE OLIVEIRA BARACHO, in *Teoria da Constituição*, Editora Resenha Universitária, São Paulo, 1979, pp. 93-94.

³² «Enquanto o juiz aplicador se guia por um logicismo que gira primacialmente ao redor da norma-texto da terminologia de Müller, o juiz intérprete haure sua maior força e dimensão hermenêutica na esfera dos princípios, mas se move tecnicamente no círculo de um pluralismo normativo tópico onde a norma-texto é apenas o ponto de partida da normatividade investigada e achada ao termo do processo decisório concreto, segundo assinala a teoria estruturante do Direito, tal qual Friedrich Müller, já citado, é seu mais insigne formulador e jusfilósofo». PAULO BONAVIDES, *Teoria Constitucional da Democracia Participativa*, op. cit., p. 23.

³³ A expressão pertence à Otfried Höffe.

* Doctor en Derecho. Profesor de Derecho Administrativo en la Universidad Católica del Táchira, Venezuela. Director de la *Revista Tachirense de Derecho*.

to. Posteriormente, el 24 de marzo de 2000 se publica en *Gaceta Oficial* un nuevo texto de la Constitución aduciendo que era para corregir *errores de gramática, sintaxis y estilo*, respecto al texto anterior. Además produjo interpolaciones y mutilaciones del texto original. Como curiosidad diremos que este texto trae incluida una exposición de motivos que no constaba en la anterior, y que no fue sometida a referéndum ni divulgada antes del 15-12-99. Una anécdota más del convulsionado proceso constituyente.

En el interesante proceso constituyente que se vivió en Venezuela, hay que resaltar la preeminente actuación de la extinta Corte Suprema de Justicia, en Sala Político-Administrativa. Decimos preeminente por la importancia de la intervención con sus decisiones en la conducción y desarrollo del proceso constituyente.

La tutela judicial efectiva frente a la actividad de la Administración Pública, correspondía ejercerla a esta Sala Político-Administrativa con fundamento en el artículo 206 de la derogada Constitución de 1961, y el artículo 42 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia. En el caso que relatamos, los controles se ejercieron ante la Autoridad Electoral Nacional (Consejo Nacional Electoral) y sus actos, en desarrollo del Derecho Administrativo Electoral.

La primera decisión que canalizó el proceso constituyente fue emitida el 19 de enero del año 1999, con ponencia del extinto magistrado Dr. Humberto La Roche. Esta sentencia declaró que sí era posible consultar al pueblo sobre temas trascendentes de la vida nacional, según la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política, a través de referéndum sin utilizar los mecanismos previstos en la Constitución de 1961 vigente para ese momento, y con fundamento en el derecho a la participación política. La posibilidad de convocatoria a una

Asamblea Constituyente era, según la sentencia, un tema de trascendencia nacional. La segunda decisión fue emitida el 3 de marzo de ese mismo año, y otras posteriores de igual contenido se sucedieron, por el Juzgado de Sustanciación de la Sala Político-Administrativa declarando inadmisibles los recursos interpuestos contra el Decreto del Presidente que convocaba a referéndum. Se indicó que el acto impugnado era la respectiva Resolución del Consejo Nacional Electoral que convocara el referéndum, y no el acto inicial del Ejecutivo Nacional solicitándolo. En fecha posterior, 18 de marzo de ese año 1999, con ponencia del magistrado Dr. Hermes Harting en Sala Accidental, se emitió nueva sentencia declarando la nulidad del acto del Consejo Nacional Electoral a través del cual se pretendía convocar el referéndum, en relación a la segunda pregunta que contiene la consulta (pregunta que estaba referida a la delegación en el Presidente de la potestad para determinar las bases del proceso comicial constituyente). Esta sentencia, que ordena al Consejo Nacional Electoral reformar la convocatoria examinando las bases anunciadas por el Ejecutivo Nacional, es una decisión de contenido político.

Pero, se mire como se mire, la actuación de la extinta Corte Suprema de Justicia, a través de la Sala Político-Administrativa, en este proceso constituyente fue el faro rector ante la incontinencia verbal e ideológica de los diferentes actores en este confuso escenario.

Es de observar también que la extinta Corte Suprema de Justicia fue delinqueando, casi imperceptiblemente, los principios o dogmas fundamentales que debían orientar el proceso y la Asamblea Constituyente propiamente dicha. En efecto, aparte del sentido común, frente a quienes han sostenido que el Poder Constituyente es un poder absoluto y carente de toda clase de límites,

defendemos, a partir de la propia finalidad de ese poder, que su misión no es otra que la de crear una Constitución que sólo es legítimo en la medida en que establece un Estado constitucional, es decir, que reconoce el principio de soberanía popular en una democracia representativa, admite un sistema de limitación de poderes propio del Estado de Derecho y reconoce los derechos fundamentales como principios rectores del ordenamiento jurídico.

Las esperanzas del pueblo venezolano estaban puestas en que, una vez aprobada la nueva Constitución, por fin, comenzarían a superarse las críticas condiciones económicas y sociales del país.

En relación a la Constitución de 1999 hemos escogido para comentar los siguientes aportes bibliográficos: ALLAN R. BREWER-CARIÁS, *La Constitución de 1999*, Caracas, Editorial Arte, 2000, 414 pp., y ASDRÚBAL AGUIAR, *Revisión crítica de la Constitución bolivariana*, Caracas, Los Libros de El Nacional, 2000, 129 pp.

1. ALLAN R. BREWER-CARIÁS, *La Constitución de 1999*, Caracas, Editorial Arte, 2000, 414 pp.

El estudio del profesor Brewer-Carías es denominado por el propio autor como «comentario» a la Constitución. La estructura temática de la obra está conformada por siete partes fundamentales. En la primera parte el autor efectúa un completo análisis de los condicionantes políticos de la Constitución de 1999; ratifica una vez más lo expuesto en los últimos años en diferentes conferencias, escritos y foros, sobre la crisis del sistema político del estado democrático centralizado de partidos crispada definitivamente en Venezuela. Al hilo de este interesante pro-

ceso el autor presenta su visión, de primera mano por haber sido constituyente, de la vía democrática para el cambio político necesario en Venezuela: la Asamblea Nacional Constituyente.

En la segunda parte se abordan los principios fundamentales de la organización del Estado y del sistema político, con la maestría característica del autor, ya que viene hablando y escribiendo sobre este tema en los últimos quince años¹. Aquí se analizan las ideas del preámbulo, «La República como “República Bolivariana de Venezuela” y los fundamentos del Estado». Encontramos un especial énfasis en lo relativo al territorio nacional y demás espacios geográficos del Estado. No podía faltar un análisis crítico sobre la forma del Estado en la Constitución. Al final de esta parte se hace especial referencia a los temas de la soberanía popular, el régimen democrático, el sistema político y la supremacía constitucional.

La tercera parte aborda el tema central de «La Constitución Política». El autor, vertiendo toda su experiencia como constitucionalista y administrativa, efectúa la presentación y crítica de la distribución vertical del poder público (nacional, estatal y municipal). Se adentra en el régimen del ejercicio del poder público, las competencias del poder público, la organización del poder público nacional, la organización del poder público estatal, y la organización del poder público municipal. Al final se reflexiona sobre el problema del Estado Federal descentralizado en un marco centralista. Sobre este tema el autor ha vuelto a insistir recientemente al hablar del federalismo y municipalismo considerando que la Constitución de 1999 contiene una reforma insuficiente y regresiva².

¹ *El Estado Incomprendido*, Caracas, 1986.

² *Federalismo y Municipalismo en la Constitución de 1999*, Editorial Jurídica Venezolana-Universidad Católica del Táchira, Caracas, 2001.

La Constitución Social ocupa la cuarta parte de la obra. Aquí se hace alusión al régimen general de los derechos humanos y de las garantías constitucionales. Con más precisión se refieren detalladamente los derechos individuales, los derechos sociales y de las familias, los derechos laborales, los derechos culturales y educativos, los derechos ambientales y los derechos de los pueblos indígenas. También se analizan los deberes constitucionales. El autor culmina la presentación de este apartado reflexionando sobre los problemas de una Constitución social concebida para el paternalismo y el populismo.

La quinta parte está dedicada a La Constitución Económica. Aquí queda comprendido todo lo relativo a los principios del sistema económico, el régimen de los derechos económicos, el régimen de la intervención del Estado en la economía, el régimen tributario, el régimen fiscal y económico del Estado, el régimen de los bienes públicos. Al finalizar esta revisión el autor concluye que hay una Constitución económica concebida para el estatismo insolvente, lo que es un verdadero problema.

Debido a la inclusión de todo un capítulo técnico sobre los sistemas de protección y garantía de la Constitución, el autor le dedica a este tema la sexta parte. En ella se recogen los diferentes asuntos de la vigencia y garantía de la Constitución, el control judicial de la constitucionalidad, el régimen de los estados de excepción, y todo lo relativo a la modificación de la Constitución.

El Régimen Transitorio contenido en la Constitución de 1999 ha sido uno de los aspectos más polémicos del impacto de la norma en el ordenamiento jurídico. La séptima y última parte están dedicadas a él. Aquí se revisan el régimen constitucional de las disposiciones transitorias, el régimen de transición de los poderes públicos con motivo de la entrada en vigencia de la nueva Cons-

titución. Concluye el autor con una apreciación general sobre los efectos derogatorios de la Constitución y el régimen de transición del poder público.

Estamos ante una obra que refleja la extensión de la Constitución de 1999, comentada por la pluma experimentada del Dr. Brewer-Carías como constitucionalista y como constituyente postulado por iniciativa propia obteniendo un millón doscientos mil votos. Es una completa guía de lectura de la nueva Constitución para los especialistas y para el gran público, para entender las reformas que se han introducido en el ordenamiento constitucional venezolano. Como toda obra del profesor Brewer-Carías, está destinada a ser de consulta obligada para todo aquel que desee conocer los vericuetos del proceso constituyente y del impacto de la nueva Constitución en el ordenamiento jurídico venezolano.

2. ASDRÚBAL AGUIAR, *Revisión crítica de la Constitución Bolivariana*, Los Libros de El Nacional, Caracas, 2000, 129 pp.

Es ésta una de las primeras publicaciones aparecida en Venezuela a raíz de la promulgación de la Constitución de 1999, y una de las más críticas. Es una obra necesaria y es la primera en revisar con detalle aspectos importantes de la Constitución aún calientes respecto al órgano que produjo la Constitución: la Asamblea Nacional Constituyente. Estamos ante un trabajo realizado con valentía y responsabilidad, características de su autor como estudioso y conocedor de la realidad constitucional.

El Dr. Asdrúbal Aguiar es abogado de reconocida trayectoria como académico, jurista y político. Su visión crítica se desprende del conocimiento al que se llega tras varios años de estudio y dedicación al Derecho y por haber ejercido varios cargos nacionales e internacionales de alta responsabilidad, en sus vertientes jurídica y política.

Como ha dicho el autor, la Constitución es «un proyecto interesante, pues tiene y sugiere elementos muy ricos y diversos para un serio debate constituyente que no se dio. Empero, como texto constitucional revela una visión de país signada por las contradicciones conceptuales, al margen de que una u otra de sus facetas, a la manera de una tienda por departamentos, puedan ser admiradas o no, consideradas o no una buena obra de legislación y política».

La obra que comentamos contiene diferentes aspectos fundamentales para desarrollar, que el autor ha escogido y que referimos a continuación. Así, se abre la obra con una referencia crítica a los poderes del pueblo y el patrimonio moral, calificando este aspecto de la Constitución como de fetichismo constitucional a través de la exaltación y personalización del concepto sociológico y difuso del pueblo y su anclaje en un patrimonio estático de orden bolivariano. Hay, según el autor, un escamoteo de los valores del colectivo venezolano durante el curso de su historia republicana y de otros forjadores de la nacionalidad. Sobre la autodeterminación nacional, el autor pone nuevamente su lupa y critica este ejercicio de retórica, ya que no entiende en el actual contexto el énfasis en la autodeterminación. Otro importante capítulo es dedicado al Estado y los valores de la democracia. El autor afina su pluma y dice que no debe el Estado sobreponerse a la persona humana, señalando la gran retórica de los valores fundamentales consagrados en el texto fundamental. En cuarto lugar, el autor aborda el tema de la soberanía de la nación y la soberanía popular, aclarando el autor el origen francés y americano de ambos conceptos, y su inapropiada utilización en el texto constitucional. En quinto lugar, se toca el tema de la inmunidad del Estado y su irrenunciabilidad, señalando que la op-

ción de la República por la irrenunciabilidad o plenitud de la inmunidad limitará la capacidad de actuación de la República en el ámbito internacional económico y financiero. Sobre las funciones del Estado y los derechos de la persona humana se habla en una sexta parte, destacando la flexibilidad del modelo constitucional en relación a la concepción liberal que da primacía al hombre y a la sociedad sobre el Estado. El idioma oficial de los indígenas ha querido ser resaltado por el autor en un séptimo punto, ya que se reconocen las lenguas indígenas como de uso oficial para sus pueblos. Dedicamos varios puntos al tema de los laudos territoriales y los límites de Venezuela, los espacios de la soberanía territorial, sobre la integridad del territorio y el espacio de las Embajadas. En estos puntos se plantea la fina crítica del autor respecto a la retórica del lenguaje utilizado y un nacionalismo trasnochado. También se aborda el especial tema de la división política territorial y los nuevos Estados y los límites de la federación. Aquí se plantea el contenido de la división territorial haciendo énfasis en la ausencia de las parroquias en el ámbito municipal como células primarias. Respecto a los límites de la federación el autor critica la terminología de «Estado Federal Descentralizado» usado por el Constituyente, ya que encierra una contradicción al entenderse que lo federal implica la descentralización.

En diferentes capítulos el autor se refiere al tema de los derechos abordando lo relativo a la igualdad y la no discriminación, el amparo de los derechos e intereses difusos y los colectivos, el derecho a la vida desde la concepción, las libertades de expresión y de comunicación, la educación como servicio público del Estado, los derechos humanos y el régimen económico, los derechos de los pueblos indígenas, etc. En estos aspectos el autor luce su fina crítica como gran conocedor del tema de

los derechos fundamentales, su constitucionalización y su defensa tanto nacional como internacional.

En un bloque mixto el autor se refiere a los temas de la responsabilidad del Estado, la entrega de los detenidos a la justicia, la seguridad personal, la pérdida de la libertad en caso de deudas, las asociaciones políticas, el asilo y la no extradición de los nacionales. Los mismos son abordados con la misma lupa crítica destacando la comparación con los contenidos de la derogada Constitución de 1961.

También se aborda lo relativo a los contratos de interés público y las relaciones internacionales de la República. Aquí el autor plantea que en la Constitución derogada de 1961 estaban mejor logrados estos contenidos desde el punto de vista de la técnica constitucional, y destaca el procedimiento seguido para la aprobación de los tratados en la Asamblea Nacional.

No podía faltar la alusión a la novedad del unicameralismo y su defecto de representación, así como lo relativo a la irresponsabilidad de los diputados a la Asamblea Nacional. Aquí la crítica del autor es fuerte a la existencia única de la Asamblea Nacional, ya que rompe radicalmente la representación de los Estados.

Encontramos aspectos relativos a la Administración de justicia y el privilegio de foro para los generales y almirantes, la Fuerza Armada y la seguridad nacional y la seguridad ciudadana y los cuerpos de policía. Son estos temas novedosos en la Constitución de 1999 y sobre los cuales el autor manifiesta sus dudas respecto a la aplicabilidad y operatividad en nuestra realidad, reconociendo que el tema de la Administración de justicia es uno de los más inusuales en nuestra tradición constitucional. Se destaca que la Fuerza Armada recibe un tratamiento especial dentro del texto constitucional.

Hay también una reflexión sobre la emergencia constitucional al referirse a los estados de excepción que de manera más técnica que en la Constitución de 1961 aparecen recogidos en el texto constitucional.

Como epílogo el autor trata el asunto de la concentración del poder público y sus riesgos para la libertad, considerando que la Constitución es un paradigma de autoritarismo regresivo, en contradicción con la civilización moderna de la libertad que naciera con Montesquieu.

Estamos ante una obra necesaria que ha abierto el debate sobre la recién estrenada piedra fundamental del ordenamiento jurídico venezolano.

ALLAN R. BREWER-CARÍAS: *El sistema de justicia constitucional en la Constitución de 1999 (Comentarios sobre su desarrollo jurisprudencial y su explicación, a veces errada, en la Exposición de Motivos)*, Ed. Jurídica Venezolana, Caracas, 2000, 134 pp.; y JESÚS MARÍA CASAL: *Constitución y Justicia Constitucional*, UCAB, Caracas, 2001, 130 pp.

Por JOAQUÍN BRAGE CAMAZANO *

1. La reciente Constitución venezolana de 1999, aprobada en un proceso

constituyente originario que prescindió de lo estipulado por la Constitución an-

* Departamento de Derecho Constitucional, Universidad Complutense de Madrid.

teriormente vigente de 1961 para su propia reforma¹, ha introducido cambios notables en el sistema constitucional venezolano y, particularmente en lo que se refiere a la justicia constitucional, pues, aunque se mantiene el sistema tradicional venezolano en sus rasgos básicos, se han introducido modificaciones de interés, como la creación de una Sala Constitucional en la Corte Suprema, cambios que explican que la doctrina haya prestado inmediatamente atención al tema. Y dos de los estudios más relevantes al respecto son justamente los de los profesores Brewer-Carías, quien fue además constituyente con un papel muy destacado en este ámbito, y Casal², cuyos libros motivan las siguientes líneas.

2. Debe destacarse, en primer término, que la nueva Constitución prevé la instauración de una Sala Constitucional, integrada por cinco miembros titulares (existen, además, cinco suplentes), dentro del Tribunal Supremo de Justicia, y que se constituyó efectivamente en enero de 2000 con magistrados de-

signados provisionalmente por la Asamblea Nacional Constitucional. Dicha previsión constitucional viene a operar, así, una cierta especialización «constitucional» en un órgano o sección de órgano jurisdiccional, que es totalmente novedosa y sin duda será positiva. La primera y más significativa competencia de esta Sala viene constituida por el control de la constitucionalidad, que tendrá limitado su objeto a las siguientes normas: leyes nacionales y demás actos con rango de ley de la Asamblea Nacional (art. 336, 1); las Constituciones y leyes estatales, ordenanzas municipales y demás actos de los cuerpos deliberantes de los Estados y Municipios dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución (art. 336, 2); los actos con rango de ley del Ejecutivo Nacional (art. 336, 3); o los actos dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución por cualquier otro órgano estatal en ejercicio del poder público. Además, se atribuye competencia a la Sala para conocer del control *previo* de la constitucionalidad de los

¹ Ello lo justifica Casal en los siguientes términos: «Si el régimen, no necesariamente el sistema, político entra en una fase crítica de decadencia, caracterizada por el descrédito de las instituciones democráticas, comenzando por los partidos políticos y llegando hasta los tribunales, y por la percepción de una corrupción e impunidad generalizadas, como sucedió en nuestro país, la Carta Fundamental, por más elogios que merezca en cuanto concierne a sus principios, sistemática y formulación, termina por sumergirse en el lodazal de la deslegitimación», lo que explica que, «con el aval de la Corte Suprema de Justicia, se haya ido a un proceso constituyente desarrollado al margen de los procedimientos de reforma previstos en la Constitución de 1961. Esto dota a nuestro proceso de una gran singularidad, ya que ni siquiera la experiencia colombiana es equiparable (...) En otras palabras, el Supremo Tribunal dio el visto bueno a la revolución pacífica».

² El libro de Casal, como su propio título indica (*Constitución y justicia constitucional*), tiene un alcance más amplio que la obra de Brewer-Carías, pero, dado el ámbito temático propio de este Anuario y sección, nuestro comentario se ceñirá a lo relativo a la justicia constitucional. Con todo, permitásenos decir que el libro de Casal contiene, además del estudio de la jurisdicción constitucional venezolana, un análisis de la significación y funciones de la Constitución y su apertura al proceso político, así como un capítulo en el que su autor analiza si son aplicables al legislador las categorías del exceso de poder y la discrecionalidad, posibilidad que rechaza por no ser equiparable la libertad de configuración del legislador a la discrecionalidad administrativa y, por último, unas reflexiones a modo de apéndice sobre la sentencia dictada por la ya extinta Corte Suprema de Justicia declarando inconstitucional la Ley sobre Vagos y Maleantes, que se analiza por el autor desde la óptica de la teoría del control de la constitucionalidad, examinando asimismo la cuestión del control de la constitucionalidad de las leyes preconstitucionales.

*tratados internacionales y del control de las omisiones legislativas*³. Por tanto, la competencia de control de la constitucionalidad de la Sala Constitucional se ejercitará respecto a leyes o normas con rango de ley u otras normas o actos dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución (art. 334), correspondiendo el control de las restantes normas de rango infralegal a los tribunales ordinarios; y también se extenderá a las hipótesis, que Brewer-Carías estudia en detalle, de control *previo* de constitucionalidad (convenios internacionales⁴; carácter orgánico de las que la Asamblea Nacional haya calificado como leyes «orgánicas»; leyes que el Presidente de la República, al margen de su derecho de veto, impugne antes de su promulgación), así como al control de las omisiones legislativas.

En cuanto a la legitimación para plantear este control de la constitucionalidad, corresponde a cualquier persona y puede hacerlo, además, en cualquier momento. Es, por tanto, un control a través de una acción *popular y no sujeta a plazo de ejercicio*. Ello no rige respecto del control previo de la constitucionalidad de los tratados internacionales, que se otorga únicamente al Presidente y a la Asamblea Nacional; ni

tampoco para el control previo de las leyes, que corresponde sólo al Presidente de la República o al control previo del carácter de orgánicas de las leyes, pues éste se llevará a cabo a partir de la obligación de la Asamblea Nacional de remitir las leyes aprobadas como orgánicas a la Sala Constitucional.

Por otro lado, la competencia que se atribuye a la Sala lo es, según dicción expresa del art. 336 de la Constitución, para «declarar la nulidad total o parcial», si bien ello no parece que pueda excluir, sin más, la utilización por la Sala de las sentencias interpretativas (que el art. 335 facilita), prospectivas, admonitorias, de mera inconstitucionalidad sin nulidad (cuya consagración legal propugna Casal) y otras modalidades de sentencias constitucionales, estimatorias o no, que pertenecen al arsenal sentenciador común de los tribunales constitucionales en Europa y cuyo uso puede resultar imprescindible en algunos casos por la Sala constitucional venezolana. Esta variedad tipológica de técnicas sentenciadoras, según Casal, se deriva de la necesaria atención a las «implicaciones socio-políticas» de las decisiones de los órganos de la constitucionalidad y hace que el papel de los modernos tribunales o Salas constitucio-

³ Es competente la Sala Constitucional, según el art. 336, ap. 7, para «declarar la inconstitucionalidad *de las omisiones* del poder legislativo municipal, estatal o nacional, cuando haya dejado de dictar las normas o medidas indispensables para garantizar el cumplimiento de la Constitución, o las haya dictado en forma incompleta, y establecer el plazo y, de ser necesario, los lineamientos de su corrección» (la expresión en cursiva se añadió en la versión publicada en marzo de 2000 a modo de corrección de erratas). Al no fijarse ningún condicionamiento a la legitimación, considera Brewer-Carías que «el mecanismo para impulsar su control podría recibir el mismo tratamiento de una acción popular».

⁴ El control previo se justifica en estos casos pues el Derecho internacional (art. 26 Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, de 23 de mayo de 1969 y jurisprudencia del Tribunal Permanente de Justicia Internacional y del Tribunal Internacional de Justicia) no exime de responsabilidad a los Estados cuando el Tratado es declarado inconstitucional: si el Tratado no se aplica, el Estado no podrá ampararse en normas de Derecho interno, constitucionales o no, para eludir su responsabilidad. Según Brewer-Carías, no cabe acción popular en este caso, sino que la iniciativa sólo corresponde al Presidente de la República y a la Asamblea Nacional (no a su Presidente, que sería un sinsentido); es indiferente que el Tratado requiera o no ley aprobatoria; y si la Sala Constitucional considera el Tratado constitucional, luego no podría ejercitarse una acción de inconstitucionalidad frente a él.

nales se aleje cada vez más del de simple «legislador negativo» que Kelsen les atribuyó⁵.

Debe igualmente aclararse que la competencia de la Sala constitucional para el control de la constitucionalidad no es exclusiva de la Suprema Corte, al menos no en términos generales. Dicho de otro modo, no puede hablarse de un monopolio de «examen» y de «rechazo» global, sino que hay que diferenciar distintos supuestos: a) en cuanto al control previo de la constitucionalidad de los tratados internacionales, al control de las omisiones legislativas y al control con efectos generales de la constitucionalidad de las leyes, la Sala Constitucional tiene el monopolio de examen y de rechazo; b) en cuanto al control concreto de la constitucionalidad, en cambio, no tiene la Sala ni el monopolio de examen ni el de rechazo⁶ sino que cualquier juez o tribunal puede, y debe, examinar si la norma a aplicar en un determinado caso es o no constitucional y, caso de estimar que no lo es, deberá inaplicarla *in casu*. Dicho de otro modo, en lo que se refiere al control de la constitucionalidad de las leyes, *coexiste* una competencia «difusa» de todos los órganos jurisdiccionales del país para desaplicar *in casu* las normas con rango de ley que estimen inconstitucionales, con la competencia concentrada y exclusiva de una

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de declarar *con efectos generales* la nulidad por inconstitucionalidad de las leyes, normas con rango de ley y actos estatales que sean ejecución directa e inmediata de la Constitución, así como de llevar a cabo el control de las omisiones legislativas y el control previo de los tratados internacionales. Se consagra, por tanto, como era ya tradicional en Venezuela, un sistema de control de la constitucionalidad *de las leyes*⁷ mixto o integral.

La problemática que plantea de manera inmediata un sistema tal es el de la inseguridad jurídica y falta de uniformidad en la aplicación de la Constitución por los distintos tribunales. A fin de evitar tales efectos contraproducentes, y armonizar el control concentrado y el difuso, la propia Constitución prevé, ante todo, dos mecanismos. De un lado, el art. 335 establece que «el Tribunal Supremo de Justicia garantizará la supremacía y efectividad de las normas y principios constitucionales; será el máximo y último intérprete de la Constitución y velará por su uniforme interpretación y aplicación. Las interpretaciones que establezca la Sala Constitucional sobre el contenido o alcance de las normas y principios constitucionales son vinculantes para las otras Salas del Tribunal Supremo de Justicia y demás tribunales de la República»⁸.

⁵ Pero la verdadera razón última de este abandono del modelo kelseniano del «legislador negativo», totalmente superado en cuanto a su concepción competencial o funcional (no en cuanto a su estructura), es en realidad la asunción en Europa del concepto norteamericano de Constitución como norma vinculante y con contenido sustantivo (y no meramente procedimental) y del tribunal constitucional como verdadera jurisdicción.

⁶ Hay, en cambio, un monopolio de rechazo, pero no de examen, en los sistemas, como el español, donde todo juez puede y debe examinar la constitucionalidad de las normas a aplicar en el caso concreto (no hay, pues, monopolio de examen) y, caso de estimarlas inconstitucionales, debe plantear la pertinente cuestión ante el órgano correspondiente de la constitucionalidad para que él, y sólo él, pueda declarar, o no, inconstitucional la norma enjuiciada (monopolio de rechazo).

⁷ En cuanto al control de la constitucionalidad de las normas de rango inferior a la ley, tienen una competencia difusa todos los tribunales ordinarios, sean o no contencioso-administrativos.

⁸ Y al respecto señala Casal: «La lectura de la primera parte de esta norma pudiera llevar a pensar que la facultad que estamos comentando pertenece, no a la Sala

Y de otro lado, aunque Brewer-Carías considera «definitivo» que no es un «mecanismo de articulación» entre el control difuso y el concentrado, sí parece serlo, pese a todo, el art. 336, al enumerar las competencias de la Sala Constitucional, fija como una de ellas la de «revisar las sentencias de amparo constitucional y de control de constitucionalidad de leyes o normas jurídicas dictadas por los tribunales de la República, en los términos establecidos por la ley orgánica respectiva»⁹. Entre los mecanismos que esta ley constitucionalmente prevista podría adoptar, dice Casal, «se encuentra el de un recurso extraordinario que se interpondría contra las sentencias, definitivas o interlocutorias, de última instancia que desapliquen una ley por estimarla inconstitucional», pero también podría establecerse una revisión de oficio y, en cualquiera de los dos casos, tanto la admisión del recurso como la revisión

de oficio de las sentencias de última instancia que ejerzan un control difuso de la constitucionalidad «podría efectuarse con arreglo a un mecanismo absolutamente discrecional, al estilo del *writ of certiorari* norteamericano, o con fundamento en supuestos fijados por la ley». A juicio de este autor, debería instaurarse un recurso que procediera frente a toda sentencia de última instancia que desaplicase una ley por inconstitucional y, con menor amplitud, cuando el juez hubiese rechazado la inconstitucionalidad alegada, no siendo apropiada ni la revisión de oficio ni una amplia discrecionalidad en la admisión del recurso y ello por razones cuantitativas (los casos en que se desaplican leyes son escasos) y cualitativas (tales decisiones tienen una significación general innegable y no meramente subjetiva, como suele ocurrir en el amparo). En cambio, Brewer-Carías, como constituyente, señala que la voluntad cons-

Constitucional, sino al Tribunal Supremo de Justicia, que la ejercería en Sala Plena. Sin embargo, la segunda parte del precepto reserva a la Sala Constitucional la facultad de efectuar interpretaciones constitucionales que vinculen a todos los jueces de la República () Una forma de armonizar ambos incisos es entender que todas las Salas del Tribunal Supremo de Justicia, en el ejercicio de sus competencias específicas, han de procurar que, dentro de sus órdenes jurisdiccionales, se mantenga una cierta uniformidad en la interpretación de la Constitución, lo cual implica que los tribunales correspondientes han de sujetarse, dentro de ciertos límites, a los precedentes de la Sala respectiva, siempre que éstos no contraríen los de la Sala Constitucional, que prevalecen *erga omnes*.

⁹ Una versión consolidada del texto constitucional, corrigiendo supuestas erratas y acompañada de una Exposición de Motivos, se publicó en marzo de 2000, después de haberse aprobado por el poder constituyente y el pueblo el texto constitucional, y luego de su publicación. Dicha versión consolidada, en realidad, va mucho más allá de una corrección de erratas, pues, en realidad, introduce modificaciones sustantivas y también su Exposición de Motivos resulta de dudosa legitimidad pues parece ser que ni fue conocida, ni menos todavía redactada, por el constituyente ni se sometió a referéndum ni en realidad estaba siquiera redactada en el momento de aprobarse la Constitución. Concretamente en lo que se refiere a la justicia constitucional, es de destacar que dicha versión «consolidada» añade al número 10 del art. 336 citado en el texto la precisión de que las sentencias a que se refiere la facultad revisora de la Sala Constitucional son las «definitivamente firmes», excluyéndose así, como subraya Casal, «las sentencias interlocutorias o las que resuelven una solicitud de una medida cautelar o las que se pronuncian sobre la admisión de una prueba, decisiones éstas en las que también se puede ejercer el control difuso de la constitucionalidad». Tal restricción, considera Casal que carece de toda validez pues es contraria a la voluntad de los constituyentes, que aludieron a sentencias de «última instancia» y nunca a las «definitivamente firmes» y, en todo caso, el texto sometido a referéndum no contenía tal restricción y a la misma conclusión llega Brewer-Carías.

tituyente no fue configurarla como un derecho, sino como potestad de la Sala Constitucional a fin de garantizar la uniformidad en la interpretación de las normas y principios constitucionales: «Por supuesto que el desarrollo concreto tenía que corresponder a la ley, pero no así la orientación del carácter discrecional de la revisión».

Se plantea, asimismo, por último, la cuestión de si esta potestad revisora de la Sala Constitucional podría ejercerse sobre sentencias de otras Salas del Tribunal Supremo, a lo que tanto Casal como Brewer-Carías dan respuesta negativa, pues según Casal una posibilidad tal tendría que haber sido explicitada en el texto de la Constitución, aunque, desde nuestro punto de vista, la redacción del art. 336, ap. 10, justamente por su generalidad, permite considerar que la facultad revisora de la Sala Constitucional se extiende a las sentencias de las otras Salas del Tribunal Supremo, lo que por otra parte resultaría coherente con la reserva que se hace a favor de aquella Sala Constitucional para fijar una interpretación de la Constitución vinculante no sólo para los tribunales diversos al Supremo, sino también «para las otras Salas del Tribunal Supremo»¹⁰. Tampoco resultan convincentes los argumentos de Brewer-Carías para negar tal posibilidad, en el sentido de que las sentencias a revisar no serían leyes ni actos de ejecución directa de la Constitución, pues este último es un requisito que juega respecto de las normas y no con

relación a las sentencias; o en el sentido de que entonces la única Sala «suprema» sería la Constitucional, pues lo que ocurre en realidad es que cada una de las Salas será suprema en su respectivo ámbito y la Constitucional lo será en el ámbito constitucional, pero al no ser el Derecho Constitucional un sector del nivel legal o infralegal del ordenamiento jurídico, sino que *per definitionem* se refiere a la norma suprema del ordenamiento, cuya eficacia se proyecta sobre *todos* los ámbitos materiales del Derecho y no se limita a uno o varios de ellos, es lógico e inevitable, por la propia naturaleza de las cosas, que la superioridad de la Sala Constitucional en su respectivo ámbito se proyecte sobre todo el ordenamiento y no sólo sobre un sector del mismo, ya que la Constitución no es propiamente un sector de dicho ordenamiento sino justamente su cúspide, para lo que resulta obligado que esa superioridad pueda hacerse valer frente a todos los jueces y tribunales que interpretan los diversos sectores del ordenamiento sobre los que la Constitución ha de proyectar su eficacia jerárquica, y también, y principalmente, frente a los tribunales que interpretan de manera suprema cada uno de esos sectores del Derecho. La existencia de una Sala Constitucional significa, en definitiva, que sólo ella es, *proprio sensu*, la intérprete suprema de la norma constitucional; las demás Salas serán supremas en su respectivo ámbito (civil, laboral, etc.) en la interpretación de las normas de rango

¹⁰ La arriba comentada Exposición de Motivos dice, respecto de la cuestión debatida en el texto: «la ley orgánica deberá consagrar un mecanismo de carácter extraordinario mediante el cual la Sala Constitucional pueda revisar los actos o sentencias de las demás Salas del Tribunal Supremo de Justicia que contraríen la Constitución o las interpretaciones que sobre sus normas o principios haya previamente fijado la Sala Constitucional», lo que, a juicio de Casal, es ajeno a la voluntad de los constituyentes y ni siquiera tiene asidero alguno en el texto constitucional. Desde nuestro punto de vista, como se ha dicho, el tenor literal del precepto, sin embargo, no cierra la puerta a esa posibilidad por lo que, salvo que se demostrase que la voluntad constituyente era con toda claridad otra, la Exposición de Motivos en este punto, al margen ya de su legitimidad y su carencia de valor normativo directo, no alteraría lo preceptuado por el texto constitucional o, cuando menos, no lo contradiría.

infraconstitucional que lo regulan, no en la interpretación de Constitución, que es el ámbito propio de otra Sala cuya doctrina se declara explícitamente por la Constitución «vinculante» para dichas Salas.

3. Además de la competencia de control de la constitucionalidad de las leyes, la Sala Constitucional tiene otras atribuciones, entre las que destaca la que se refiere a la revisión de las sentencias de amparo y de aplicación de control difuso de la constitucionalidad «dictadas por los tribunales de la República, en los términos establecidos por la ley orgánica respectiva», pues en Venezuela corresponde conocer del amparo para la protección de los derechos fundamentales a todos los tribunales a través de un procedimiento imbuido de los principios de brevedad, preferencia, antiformalismo y efectividad, y la competencia de la Sala se refiere, pues, a la revisión de los distintos criterios que esos tribunales puedan mantener, al igual que en lo que al control difuso de la constitucionalidad atañe.

La cuestión que se plantea es la del alcance y supuestos en que procede esa revisión por la Sala Constitucional. A juicio de Casal, cuando dicha revisión se ejerza respecto de amparos, tampoco resulta aconsejable la revisión de oficio *ni que se permita una absoluta discrecionalidad en la admisión de recursos, al menos no en una primera fase hasta que la Sala Constitucional adquiera una gran autoridad, sino que deberían establecerse ciertas causas legales típicas de admisión, de modo análogo a como ocurre en el Derecho alemán. Sea como sea, lo cierto es que, de momento, y a falta de todo desarrollo legislativo, el criterio que parece mantener la Sala Constitucional en sendas sentencias de 20 de enero de 2001 es el de que, ante la necesaria aplica-*

ción inmediata de las disposiciones constitucionales en cuanto sea posible, «en forma selectiva, sin atender a recurso específico y sin quedar vinculada por peticiones en este sentido, la Sala por vía excepcional puede revisar discrecionalmente las sentencias de amparo» dictadas en segunda instancia por apelación, «así como cualquier otro fallo que desacate la doctrina vinculante de esta Sala, dictada en materia constitucional», doctrina que, a juicio de Casal, «pudiera pensarse que resulta extensible a las sentencias en que se ejerza el control difuso de la constitucionalidad».

4. Otras competencias de la Sala Constitucional, conforme al art. 336 de la Constitución, son las siguientes: a) revisar, en todo caso, aun de oficio, la constitucionalidad de los decretos que declaren estados de excepción dictados por el Presidente o Presidenta de la República; b) resolver las colisiones que existan entre diversas disposiciones legales y declarar cuál de estas debe prevalecer (competencia típicamente de legalidad y no de constitucionalidad: determinar la ley aplicable al caso); y c) dirimir las controversias constitucionales que se susciten entre cualesquiera de los órganos del poder público, como dice Brewer-Carías, tanto en su distribución vertical (República, Estados y Municipios), como en su división horizontal a nivel nacional (Poderes Legislativo, Ejecutivo, Judicial, Ciudadano, Electoral) y a nivel estatal y municipal (Poderes Legislativo y Ejecutivo), pero no debería extenderse, como el Tribunal Supremo ha apreciado sin embargo, a los conflictos de competencia entre jueces para conocer de una acción de amparo¹¹.

5. Una cuestión debatida en la doctrina venezolana es la de si resulta oportuno o no instaurar un tribunal

¹¹ Recientemente, la Sala Constitucional se ha atribuido, además, competencia para realizar una interpretación autónoma, a solicitud directa de cualquier interesado, y con efectos vinculantes para todos.

constitucional y así, mientras Brewer-Carías se manifiesta contrario a tal posibilidad en Venezuela, Casal considera que las objeciones a ello, aun teniendo cierta justificación, resultan discutibles, pues, por un lado, en cuanto a una posible dualidad en la cúspide de la administración de justicia, no habría gran diferencia entre la situación actual, con una Sala Constitucional, y otro escenario con un tribunal constitucional; y por otro lado, si bien en unos primeros momentos se producirían conflictos con el Tribunal Supremo, tenderían probablemente a desaparecer con el tiempo; y en fin, tampoco cabe señalar que los tribunales constitucionales no se adaptan a los sistemas donde coexiste un control concentrado con otro difuso de la constitucionalidad, pues el Derecho Comparado lo viene a desmentir. Termina, así, Casal afirmando: «El éxito del sistema de justicia constitucional contenido en la Constitución de 1999 y, por ende, de la Sala Constitucional, depende, en una medida no des-

preciable, de la capacidad de esta Sala para impulsar una renovación jurisprudencial en el campo de los derechos fundamentales, en sus aspectos sustantivos, y en la disposición de las demás a observar sus precedentes. Si estos objetivos no se logran, o si se satisfacen sólo de manera parcial, la opción del Tribunal Constitucional resultará insoslayable».

Las dos obras recensionadas representan dos de los más significativos títulos que han abordado el tratamiento de la nueva configuración constitucional de la jurisdicción constitucional en Venezuela y, respondiendo ambas a enfoques diversos, constituyen sendos puntos de referencia bibliográficos de importancia para el conocimiento y análisis del tema y ello por la clara exposición que en los mismos se hace del nuevo sistema y la agudeza crítica con que se examina por sus autores, buenos conocedores de la temática abordada desde hace ya muchos años.

JORGE CARPIZO: *Nuevos Estudios Constitucionales*, Ed. Porrúa y Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2000, XVI-574 pp.

Por CARLOS F. NATARÉN *

La recopilación de ensayos y artículos que integra la presente obra, del distinguido constitucionalista mexicano Jorge Carpizo, bajo el título de *Nuevos Estudios Constitucionales*, concentra treinta de sus trabajos realizados desde 1991 a la fecha, incluidos sin alteración en el orden cronológico de su publicación. Se observa, que la presente obra mantiene la línea iniciada con la anterior publicación de *Estudios Constitucionales*¹, que en su momento agrupó

los artículos y ensayos del autor, publicados entre 1969 y 1988. Esta última, que ha tenido múltiples ediciones, con el paso del tiempo, se ha convertido en uno de los puntos de referencia en cuanto al Derecho constitucional mexicano concierne. Sin embargo, debe tomarse en cuenta que, como el mismo autor señala, no se encuentran en esta obra todos sus ensayos y artículos realizados en este periodo, pues aquellos referidos a la materia de derechos hu-

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

¹ 4.ª ed., Editorial Porrúa, México, 1988.

manos, se incluyen en la obra *Derechos humanos y Ombudsman*².

El autor, al ser uno de los más renombrados especialistas mexicanos, no requiere mayor presentación³, sin embargo, debe destacarse que junto a su importante carrera académica y política, no ha abandonado nunca la que es su más importante actividad, que lo caracteriza y lo distingue: la investigación jurídica. Así, su vocación de investigador, iniciada con dos trabajos que son considerados fundamentales en el Derecho Constitucional mexicano: *La Constitución Mexicana de 1917*⁴ y *El presidencialismo mexicano*⁵ nunca ha sido abandonada, como lo prueban los artículos y ensayos contenidos en este libro.

Tratándose de una recopilación, es lógico esperar que en ella se incluyan artículos y ensayos que aborden diversos aspectos del Derecho Constitucional mexicano; sin embargo, destacan claramente tres temas en los que, en nuestra opinión, podríamos agrupar los trabajos, y que caracterizan la obra. En primer término, encontramos un conjunto de artículos que tienen como denominador común tratar, en todo o en parte, sobre el Derecho a la información. Derecho fundamental en el que confluyen aspectos públicos y privados, y que recogido en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos desde hace más de veinte años, permanece aún sin una regulación legal que lo desarrolle y determine, razón por la que es este tema, a nuestro juicio, especialmente interesante.

En segundo lugar, la obra en comentario se caracteriza por integrar artícu-

los y ensayos que realizan un análisis crítico de las instituciones constitucionales mexicanas, vistas desde la perspectiva de los grandes cambios sociales y políticos que el país ha experimentado y está experimentando en la última década. En este sentido, se puede afirmar que estos ensayos y análisis reflejan los temas que están en el centro del debate público y que por tanto han sido objeto de interés por los especialistas en la materia. Finalmente, en tercer lugar se puede encontrar una serie de pequeños artículos, publicados en su mayoría en la revista *Nexos*, que se refieren a las transformaciones políticas y constitucionales de la realidad mexicana.

Por lo que se refiere al tema del derecho a la información, a su estudio se dedican, los ensayos: «Derecho a la información, derechos humanos y marco jurídico», «El poder, su tipología y los medios de comunicación masiva», «Los medios de comunicación masiva y el Estado de Derecho, la democracia, la política y la ética», «Constitución e información», «Los tratados internacionales, el derecho a la información y el respeto a la vida privada» y «La ley española sobre la cláusula de conciencia de los comunicadores». De la profunda reflexión sobre el tema que implica este conjunto de ensayos, nos limitaremos a resaltar dos ideas sobre las que se construye la argumentación, y que por su trascendencia deseamos subrayar.

En primer lugar, como el mismo autor señala, estos trabajos abordan el tratamiento del derecho a la información desde el Derecho constitucional, bajo

² Editorial Porrúa, México, 1993.

³ Como se ha afirmado recientemente: Jorge Carpizo «es, sin duda, junto a su maestro el profesor Héctor Fix-Zamudio, y a otros discípulos de ese admirable jurista, uno de los más destacados constitucionalistas mexicanos». Cfr. MANUEL ARAGÓN REYES, «Recensión a la obra de Jorge Carpizo: Nuevos Estudios Constitucionales», *Revista de Estudios Políticos*, núm. 111, enero-marzo 2001, p. 281.

⁴ Editorial Porrúa, México, 1995.

⁵ Siglo Veintiuno Editores, México, 1978.

una doble perspectiva encaminada a destacar las facetas subjetiva y objetiva que se pueden destacar de este derecho. Por un lado, se le reconoce como parte del derecho fundamental a la libertad de expresión, y por tanto, se le considera garantía de un derecho de la sociedad a recibir información veraz, objetiva y oportuna. Por otro lado, se enfatiza que componente esencial del derecho a la información es la exigencia de veracidad, de donde derivan los límites que, en general, se establecen a la libertad de expresión para, así, asegurar el respeto a otros derechos y bienes constitucionalmente protegidos, principalmente la intimidad y el honor de las personas.

Partiendo de esta doble perspectiva, el autor se acerca al debate sobre la definición del contenido esencial de este derecho a la información y, por tanto, a la cuestión de cuáles deben ser sus límites, especialmente en relación al derecho al honor y la vida privada. La premisa de la que parte es un reconocimiento a la universalidad de los derechos humanos, fundado en la dignidad inherente al ser humano —aunque es cierto que matiza y, reconoce que, en lo relativo a su determinación y protección son, en cierto grado, un producto cultural, ya que están en relación con el tiempo y lugar de su ejercicio—, por lo que señala que *todos* los derechos humanos son muy importantes, ya que a través de ellos se busca hacer efectiva la dignidad humana.

Consecuencia de lo anterior es la opinión de que entre los derechos humanos no puede haber ninguna colisión o conflicto, sino lo que en palabras del autor, es armonía y compatibilidad en la esencia de los derechos humanos. Esta armonía y compatibilidad debe ser precisada por el ordenamiento jurídico en su conjunto, es decir, por la Constitución, los tratados internacionales, las leyes y la jurisprudencia, subrayando que es la doctrina la que otorga los elementos para determinar el método

óptimo de armonización. Frente a las tesis que se inclinan por las colisiones, conflictos o enfrentamientos entre los derechos humanos, que tradicionalmente encuentran un ejemplo de ello en la relación entre el derecho al honor y a la vida privada y el derecho a la información, Jorge Carpizo aduce que el conflicto entre esta clase de derechos es, en realidad, aparente, ya que, si se atiende a que en última instancia todos estos derechos tienen una misma finalidad, la cuestión pasa a ser un asunto de armonización.

En efecto, en opinión del autor, desde esta perspectiva no existe jerarquía superior entre los derechos a la vida privada y a la información, sino que, examinándose la causa concreta, el juez, teniendo como fundamento de su actuación el respeto al marco constitucional y legal, decidirá qué precepto normativo debe aplicar. En conclusión, para Carpizo, «queda claro que no puede existir contradicción entre estos dos derechos humanos, ni uno es de mayor jerarquía que el otro, sino que los dos existen y tienen que coexistir para reforzar y fortalecer al ser humano en su dignidad».

La segunda de las ideas cardinales que deseamos subrayar, es la convicción sobre la especial posición y, trascendencia de estos derechos a la información y a la vida privada para la democracia. Así pues, el autor inicia por reconocer que el derecho a la información es una de las bases del sistema democrático, ya que la sociedad como tal y los individuos deben estar bien informados, con veracidad y objetividad. En este sentido se afirma: «No hay posibilidad alguna de que pueda existir un sistema democrático sin medios libres e independientes de los otros poderes, especialmente del político».

Jorge Carpizo nos recuerda que uno de los fundamentos del nacimiento de la democracia moderna fue el principio de la libertad de expresión, y señala que

en la actualidad uno de los parámetros más fiables para conocer la fortaleza de la democracia en un país determinado es la independencia con que se desenvuelven los medios. En este mismo sentido se afirma que las libertades de los periodistas son, igualmente, un medio fiable para conocer el grado real de las libertades que se disfrutaban en una nación. Con estas premisas el autor llega a la conclusión de que, en América Latina, uno de los grandes problemas de la democracia es el número de periodistas asesinados con motivo del ejercicio de su profesión y de la impunidad de que disfrutaban los asesinos.

Sin embargo, de la misma manera que se reconoce que la libertad de expresión es fundamento de la democracia, se señala que este derecho fundamental encuentra límites, dentro de los cuales debe mantenerse. Límites que este derecho tiene tanto en el interior de los medios de comunicación, como límites que son externos a éstos. En efecto, en el interior de los mismos medios de comunicación, la libertad de expresión encuentra límites en la necesidad de democracia interna, para asegurar la responsabilidad, objetividad y sentido ético de la información. Jorge Carpizo señala que no es congruente ni debería ser posible defender el sistema democrático en el régimen político y ser partidario del sistema vertical en una asociación, organización o en una empresa, que es de especial interés público y social, por la materia con que trabaja, como es el caso de los medios de comunicación.

Por otro lado, se encuentran limitaciones a la libertad de expresión, desde una perspectiva externa a los medios de comunicación, ya que la protección de la vida privada es, en palabras del autor *garantía y condición* de la vida democrática. Así pues, el autor destaca que, tan importante para una democracia, es que quienes intervienen en los medios en alguna de sus formas, fuen-

tes, actividades o etapas, tengan asegurados el estricto respeto a sus derechos humanos, como que los medios de comunicación sean respetuosos de los derechos humanos de las personas dentro del marco de la norma jurídica.

Como colofón de lo anterior, el autor afirma que «la democracia regula los derechos y obligaciones de los actores sociales, políticos y económicos. Nadie tiene derechos sin obligaciones. Nadie tiene sus libertades ilimitadas porque implicaría vulnerar, restringir o suprimir las libertades de los demás. Libertad ilimitada es equivalente a la ley de la selva o la ley del más fuerte.» De ahí que, en nuestra opinión, una de las conclusiones a las que llega Carpizo en este conjunto de ensayos sobre el derecho a la información, sea la necesidad de encontrar un equilibrio entre los derechos y deberes que la comunicación, y especialmente, la comunicación a través de los medios masivos, debe cumplir.

En cuanto al estudio de las instituciones constitucionales mexicanas, en el libro se contienen artículos y ensayos que realizan un análisis crítico desde la perspectiva de los grandes cambios sociales y políticos que el país ha experimentado y está experimentando en la última década. En este sentido, se puede afirmar que estos ensayos reflejan las materias que han estado en el centro del debate y que por tanto, han sido objeto de interés por los especialistas en la materia.

Así pues, podemos señalar que se puede identificar una línea de trabajo propia del autor: la reflexión sobre el poder y su ejercicio. En este sentido se pueden mencionar, entre otros, los siguientes ensayos: «Algunas reflexiones sobre los cambios en el presidencialismo mexicano (1978-1990)» y «México, la Constitución y las situaciones de emergencia». En estos trabajos Jorge Carpizo, retomando las conclusiones de trabajos anteriores, analiza, critica y

propone cauces para solucionar algunos de los problemas planteados por el ejercicio del poder. También encontramos ensayos sobre temas de importancia para la forma de gobierno en América Latina. Así sucede respecto del ya antiguo debate sobre la alternativa entre sistema presidencial o parlamentario, tema que es abordado en «México ¿Sistema presidencial o parlamentario?».

Interesante es el análisis de las reformas a instituciones tales como el Ministerio Público: «Reformas constitucionales al Ministerio Público y la creación de un Sistema Nacional de Seguridad Pública». O como el análisis de las reformas al Poder Judicial de la Federación y su órgano de autogobierno, analizadas en: «Reformas constitucionales al Poder Judicial Federal y a la jurisdicción constitucional, del 31 de diciembre de 1994», «Algunas garantías procesal constitucionales en México», «La reforma constitucional de 1999 a los organismos protectores de los derechos humanos», «Otra reforma constitucional: la subordinación del Consejo de la Judicatura Federal».

En los primeros dos trabajos sobre el Poder Judicial destaca la valoración global de la Justicia Constitucional mexicana y sus recientes transformaciones, que han impulsado la transformación de las facultades de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, que, como es sabido, al día de hoy, reúne todas las funciones de un tribunal constitucional. En el mismo sentido, se subraya que el juicio de amparo, a pesar de ser el más conocido y eficaz de los instrumentos de defensa de la Constitución, no es el único. Junto al juicio de amparo en el ordenamiento mexicano se encuentran seis garantías más, a saber: la controversia constitucional, la acción de inconstitucionalidad, la facultad de investigación de la Suprema Corte, la declaratoria por parte del Senado de la desaparición de los poderes de una entidad federativa y por tanto la

necesidad de nombrar un gobernador provisional, la competencia del Senado para resolver las cuestiones políticas que surjan entre los poderes de una entidad federativa y el juicio de responsabilidad política.

Dentro del análisis de «Algunas garantías procesal constitucionales en México», finalmente se enfatiza también el papel de garantía constitucional que realiza el sistema no jurisdiccional de protección de los derechos humanos, integrado en México por la Comisión Nacional de Derechos Humanos y las treinta y dos comisiones correspondientes a cada entidad federativa. De la lectura de la obra se evidencia que Jorge Carpizo, toma claramente posición respecto de cada una de las reformas que se han realizado a las instituciones constitucionales, tanto para aplaudirlas como para señalar sus errores y carencias. Así pues, se manifiesta a favor de «La reforma constitucional de 1999 a los organismos protectores de los derechos humanos», ya que en su opinión fortalece su independencia. El caso contrario de «Otra reforma constitucional: la subordinación del Consejo de la Judicatura Federal», donde se realiza una crítica, a nuestro juicio certera, de la reforma. En opinión del autor, se desvirtúa la naturaleza de este Consejo, que de ser proyectado como el órgano de autogobierno del Poder Judicial en su conjunto, pasa, por la reforma, a ser un mero órgano subordinado de la Suprema Corte de Justicia.

Otro trabajo que vale la pena destacar es «Desafíos contemporáneos de Derecho Constitucional» donde con un gran conocimiento de la materia, rigor y sensatez se pasa revista a las nuevas realidades políticas y a su repercusión en la teoría constitucional. En efecto, las actuales restricciones a la idea de la soberanía, el papel nuclear que han alcanzado los derechos humanos, las demandas de justicia social, la expansión de la democracia política y la necesidad

de complementarla con la democracia social, la función relevante de los partidos políticos, las discusiones actuales sobre los sistemas electorales, la proliferación de los tribunales constitucionales y la necesidad de reformar el control del Poder Ejecutivo son, entre otros, los temas que se abordan con la lucidez y claridad que es característica al autor.

Por otro lado destacan los análisis de las reformas realizadas al sistema electoral mexicano, especialmente en la etapa en que el autor era Secretario de Gobernación [Ministro del Interior], razón por la cual pueden considerarse de lectura imprescindible si se desea comprender en su preciso alcance las reformas electorales en México en la última década. De ellos pueden destacarse: «Algunas consideraciones sobre el proceso electoral de 1994» y «La reforma electoral de 1994», en los que se aborda el progreso conseguido respecto de la independencia, transparencia y control de la organización electoral, así como también lo que aún queda por hacer para cumplir por entero esos objetivos, aportándose al mismo tiempo una información de primera mano, para entender las interioridades del proceso de reforma.

Destaca también por su actualidad el ensayo «México ¿hacia una nueva Constitución?», donde el autor expone las opciones que sobre ello se han venido sosteniendo y toma posición, fundándose en sólidas razones, no por una nueva Constitución, sino por la reforma de la existente, pero sobre todo, por el cumplimiento real de la Constitución y por el fomento de la cultura constitucional. Esto es evidente, cuando leemos:

«más allá de una nueva Constitución o de una renovada, posibilidad esta última por la cual me inclino, es indispensable crear y fomentar una nueva ética política en la cual sea la Constitución la que realmente conduzca el proceso del poder, y lo que aquella no autoriza no se puede realizar; hay que profundizar en la convicción de que los cargos políticos son un servicio público para el bien de la comunidad y no, por ningún motivo, para la satisfacción o el enriquecimiento personales. Se debe propiciar más el conocimiento de la Constitución, el fortalecimiento de la cultura cívica y de los valores constitucionales de servicio real de la persona humana.»

Me parece que estas últimas palabras nos permiten acercarnos al verdadero sentido de la aparición de una obra de este tipo: en el momento actual, al igual que en muchos países de América Latina, México se encuentra inmerso en una importante transformación política, que iniciada hace algunos años no es sino hace poco tiempo que encuentra sus principales manifestaciones. Así se aprecian efectos sobre el sistema de partidos, con un incipiente equilibrio entre los poderes de la Federación. De igual forma se observa una mayor participación política de los ciudadanos y apertura ideológica de los medios masivos de comunicación. Este proceso de transformación, que concreta el esfuerzo de generaciones, significa una gran oportunidad de perfeccionar el sistema constitucional y, en estas circunstancias, la publicación de obras como ésta, impulsan la reflexión crítica sobre las instituciones constitucionales y favorecen su mejora.

EDUARDO FERRER MAC-GREGOR: *La acción constitucional de amparo en México y España. Estudio de Derecho Comparado*, con prólogo de Héctor Fix-Zamudio, Porrúa, México, 2000.

Por JOAQUÍN BRAGE CAMAZANO *

1. El amparo, como instituto procesal de protección de los derechos fundamentales, ha tenido una amplísima expansión en el Derecho Constitucional contemporáneo como el componente fundamental de lo que Cappelletti llamara la «jurisdicción constitucional de la libertad», y ello tanto en diversos países europeos como, de manera especial, en toda Latinoamérica, bien que con diversas denominaciones y, sobre todo, una configuración técnica concreta que varía en cada caso, a veces notablemente. Por ello, este instituto se presta de una manera especial a un análisis comparado, a fin de determinar cuáles son las analogías y las divergencias que existen en su regulación y funcionamiento en los diversos ordenamientos. Y éste es justamente el objeto del presente libro: el análisis iuscomparado del instituto mexicano y el español, complementado a través de un exhaustivo análisis histórico de la institución en los dos países, enfoque histórico-comparativo éste que resulta ser, a juicio de Fix-Zamudio en el Prólogo a la obra, «el método más apropiado (...) ya que es el único que nos permite comprenderlo en sus diversas modalidades y matices».

Antes de entrar en la exposición del análisis comparativo del amparo español y el mexicano que Ferrer Mac-Gregor (actualmente Secretario de Estudio y Cuenta de la Suprema Corte de

Justicia) lleva a cabo en su libro, que recoge la tesis con la que se doctoró en la Universidad Privada de Navarra, parece imprescindible referirnos a la que acaso constituya la diferencia más de bulto entre uno y otro instituto y, en todo caso, la que explica otras muchas diferencias y que es subrayada, con todo acierto, por Fix-Zamudio en su Prólogo: «es preciso tomar en cuenta, para entender las diferencias concretas que destaca el autor en varios aspectos relativos a los elementos y presupuestos de la acción de amparo, que el recurso de amparo español se contrae exclusivamente a la protección de los derechos fundamentales establecidos en la Constitución de 1978, en los cuales no se comprende la libertad e integridad personales, que son tutelados por el hábeas corpus como institución autónoma¹, y se excluyen por una parte, la impugnación de las normas generales [normas con rango de ley y tratados internacionales], que se combaten por medio del recurso y de la cuestión de inconstitucionalidad, y por la otra el control de legalidad que se confiere a los tribunales españoles ordinarios, y que se plantea en última instancia ante el Tribunal Supremo mediante el recurso de casación». En cambio, señala Fix-Zamudio, el juicio de amparo en México opera como un mecanismo procesal de tutela de último grado de todo el ordenamiento jurídico y abarca el hábeas corpus,

* Departamento de Derecho Constitucional. Universidad Complutense de Madrid.

¹ No obstante, debe aclararse que el afectado que estime que los jueces ordinarios (en el ámbito civil o castrense) no han tutelado debidamente su libertad personal a través del proceso de hábeas corpus tiene abierta la vía del recurso de amparo ante el TC y, por consiguiente, el amparo ante el TC (y subsidiariamente al hábeas corpus, por tanto) sí comprende entre los derechos protegibles por el mismo a la libertad personal.

la impugnación de las normas generales cualquiera que sea su rango, el control de legalidad de los actos y resoluciones administrativas y la impugnación de las resoluciones judiciales de todos los tribunales del país, «por lo que comprende tanto las cuestiones estrictamente constitucionales como las del control de legalidad, lo que marca una diferencia esencial con el recurso de amparo español², cuyo contenido, como se ha dicho, se reduce a la protección de los derechos fundamentales establecidos en la Carta Constitucional. Si no se toma en cuenta esta diferencia de amplitud en la tutela de los derechos subjetivos, no se pueden comprender las semejanzas y diferencias que se señalan con minuciosidad en el análisis penetrante que realiza el Dr. Ferrer MacGregor en su estudio», aunque el propio Fix-Zamudio destaca, con toda razón, que, en la práctica, el alcance tan amplio que ha dado al derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24 de la Constitución el Tribunal Constitucional español ha diluido en ese ámbito la divergencia entre el amparo de España y el de México pues, pese a la naturaleza constitucional del primero frente al predominio de las cuestiones de legalidad en el segundo, en la práctica se mezclan muy frecuentemente cuestiones de legalidad y de constitucionalidad, aun con los esfuerzos desplegados por la jurisprudencia para su delimitación más o menos exacta.

2. La obra de Ferrer presenta dos partes claramente diferenciadas: una de examen histórico-comparado de la cuestión; y otra de análisis jurídico-comparado de los dos institutos considerados. En cuanto a la primera parte, que abarca los tres primeros capítulos del libro, se dedica a examinar los antecedentes históricos del amparo en el Derecho español, luego en el Derecho mexicano y, por último, a determinar la influencia recíproca en el tiempo de las acciones de amparo en los dos países. En cuanto a los antecedentes españoles, se estudia, en primer lugar, la figura del Justicia Mayor de Aragón y la tutela ejercida por el mismo a través del ejercicio de funciones estrictamente jurisdiccionales de protección de las libertades a través de los Fuegos; y también se presta atención al llamado recurso de amparo ciudadano contemplado en el Anteproyecto de Constitución de 1929, que no es en puridad un antecedente ante todo porque, como ha señalado Oliver Araujo, no cabe hablar de tutela de derechos fundamentales «cuando faltan las condiciones estructurales jurídico-políticas que definen al 'Estado de Derecho'. Si no se dan estas 'garantías generales', las declaraciones de derechos que consagrarán los textos constitucionales no son más que cortinas de humo que esconden estructuras de poder de signo autoritario»³. Y por último, dedica el autor una atención particulari-

² Y es que como señalara el propio Fix-Zamudio hace ya dos décadas en una conocida obra, «la finalidad esencial que poseía el instrumento mexicano en sus orígenes», que era la protección de los derechos constitucionales —y «que debería ser su propósito principal, si no el único»— «se ve oscurecida y debilitada al confundirse con otros aspectos del amparo, que en realidad viene a operar como instrumento de protección o tutela de todo el ordenamiento nacional». Y aunque no es posible volver a la pureza constitucional del amparo, por ser irrevocable su complejidad procesal, sí que lo es configurar procedimientos y reglas dentro del mismo amparo para la tutela específica de los derechos humanos, a fin de que «pueda distinguirse con claridad, lo que actualmente se confunde, entre la protección de los derechos fundamentales y la de las disposiciones legales secundarias». HÉCTOR FIX-ZAMUDIO, *La protección procesal de los derechos humanos ante las jurisdicciones nacionales*, Civitas, Madrid, 1982, pp. 125-126.

³ JOAN OLIVER ARAUJO, *El recurso de amparo*, Universidad de las Islas Baleares, Palma de Mallorca, 1986, pp. 86-87.

zada al amparo regulado en la Constitución de la II República de 1931⁴. En cuanto a los antecedentes de la acción mexicana de amparo, se estudian también unos más remotos, durante la etapa del Gobierno español, y otros durante el constitucionalismo histórico mexicano.

Y en la última parte de este primer capítulo, Ferrer estudia la influencia del Derecho español en la configuración del amparo mexicano, que es una influencia menor que la anglosajona, que fue la predominante, y acaso también que la francesa, pero más profunda por haber sido inconsciente, derivada de los tres siglos de mestizaje cultural con los españoles que los constituyentes no pudieron desconocer. Dicha influencia, según la corriente doctrinal con que se alinea el autor y que otorga gran importancia al influjo español sobre el amparo mexicano, se concretaría en el *nomen iuris* del amparo, la organización judicial centralista durante el Gobierno español (que influyó, pese al régimen federalista de la Constitución de 1857, en la doctrina de la Suprema Corte que extendió el amparo a un control de legalidad de todo el ordenamiento nacional), la casación española (en cuanto a los supuestos de procedencia) y el establecimiento de un sistema de legalidad durante el Gobierno español. Se analiza igualmente en el libro la notable influencia del Derecho mexicano en

la configuración del recurso de amparo español de la Constitución de la II República, en especial a través del papel del jurista Rodolfo Reyes, quien desplegó una actividad imparable (conferencias, publicaciones, comentarios verbales y trabajos presentados directamente a las Cortes Constituyentes) para dar a conocer el amparo mexicano y promover la incorporación al ordenamiento español de un instituto análogo.

3. La segunda parte de la obra, que —como Fix-Zamudio destaca— es su parte medular, contiene una exposición crítica *ius-comparativa* de la regulación constitucional y legal del amparo en México y España en la actualidad. Parte para ello el autor de la consideración de las distintas concepciones doctrinales sobre el concepto de acción, que se pueden condensar en dos grandes tendencias: la de aquellos que conciben a la acción como derecho de carácter abstracto frente al Estado para provocar la actividad jurisdiccional, al margen de cual sea el resultado de la sentencia y la de aquellos otros que la conciben como derecho de naturaleza concreta frente al Estado, el adversario o ambos a fin de obtener una resolución judicial *favorable*⁵. El autor se afilia a esta segunda concepción y, de acuerdo con ella, considera como elementos de la misma, que analiza en detalle, al sujeto

⁴ Sobre el funcionamiento del amparo durante este período y la doctrina jurisprudencial sentada por el Tribunal de Garantías Constitucionales, véase el trabajo de MARTÍN BASSOLS COMA, *La jurisprudencia del Tribunal de Garantías Constitucionales de la II República Española*, CEC, Madrid, pp. 75 y ss. y 191 y ss. En cuanto a la influencia del amparo mexicano en la Constitución española de la II República, véanse los trabajos del autor del libro que se recensionan «La Constitución española de 1931 y el juicio de amparo mexicano», *Revista de Investigaciones Jurídicas*, México, número 23, 1999, pp. 151 y ss., y «Rodolfo Reyes y el recurso de amparo español», *Ars Iuris*, Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Panamericana, núm. 22, 1999, pp. 83 y ss.

⁵ Como comenta Fix-Zamudio en el prólogo, «en realidad se trata de diversos enfoques, que están relacionados con el concepto de *pretensión procesal*. Si se estima que esta última se integra con la acción, es indudable que la propia acción tiene carácter concreto, pero si se sostiene que ambas instituciones son diversas, aun cuando estrechamente relacionadas, entonces se puede afirmar la naturaleza abstracta de la acción. Para llegar a una sentencia favorable no basta que la pretensión forme parte de la acción, sino que la primera esté fundada debidamente».

pasivo, al sujeto activo (elementos subjetivos), a la causa y al objeto (elementos objetivos), elementos todos éstos que para los defensores de la concepción abstracta de la acción serían, como subraya Fix-Zamudio, elementos de la relación jurídico-procesal y no de la acción, cuyos elementos serían la capacidad de accionar, la instancia y la pretensión.

En cuanto a los sujetos activos, destaca que, en México, se reconoce legitimación a la persona, sea física (incluidos los extranjeros, salvo frente a la orden de expulsión emitida por el Presidente de la República) o jurídica (también a las sociedades extranjeras legalmente constituidas o al Estado cuando actúa desvestido del *ius imperium*), *perjudicada* por el acto que se impugne, pero a diferencia de lo que ocurre en España, no se reconoce legitimación a las entidades colectivas, carezcan o no de personalidad jurídica, lo que a juicio del autor debe ser superado «conforme a la nueva ola de derechos humanos (de la tercera generación)» y la doctrina sobre el acceso a la justicia de los intereses de grupo o supraindividuales (colectivos y difusos), por lo que «al margen del existente 'amparo social' en materia agraria, podría ya pensarse en el 'juicio de amparo colectivo', para aquellas colectividades o grupos no asociados portadores de un interés difuso o colectivo». Sujetos pasivos, por su parte, de la acción mexicana de amparo han de ser siempre autoridades públicas, si bien los particulares, sean personas físicas o jurídicas, podrán actuar como parte procesal, y sujetos pasivos «indirectos», el tercero o terceros perjudicados, que comprende tres supuestos: la contraparte del agraviado o persona extraña al proceso; el ofendido de un delito, o las personas que tengan derecho a la reparación del daño o la responsabilidad civil; y la persona que haya gestionado en su favor el acto impugnado. El concepto de autoridad

pública se ha ampliado en la reciente jurisprudencia de la Suprema Corte, a la vista de la creciente intervención pública propia de un Estado social, de manera que el juzgador de amparo debe examinar la norma legal y si la misma faculta para tomar decisiones o resoluciones que afecten unilateralmente la esfera jurídica del interesado, y que deben exigirse mediante el uso de la fuerza pública o bien a través de otras autoridades, pues entonces la que adopta tales decisiones será una persona jurídico-pública, si bien la jurisprudencia es muy casuística respecto de los controvertidos organismos descentralizados. Y el amparo se puede dirigir contra la persona que ordena, o aprueba, el acto (autoridad ordenante) o contra la que lo ejecuta (autoridad ejecutora), aunque para que proceda la suspensión del acto ha de dirigirse necesariamente contra ésta última. Por último, dentro de los elementos de la acción de amparo, se analizan la causa y el objeto de la acción comparativamente en España y México.

Los dos capítulos finales se dedican al estudio en profundidad de los presupuestos procesales de la acción de amparo, así como su inviabilidad, en España y México. En cuanto a los primeros, se consideran la jurisdicción y competencia, los presupuestos subjetivos (capacidad procesal y postulación o capacidad para pedir en juicio) y el agotamiento de las instancias y recursos previos (principio de «definitividad del acto reclamado»). Con respecto a este último principio —que tiene en México una regulación distinta, analizada minuciosamente por el autor, respecto de resoluciones estrictamente jurisdiccionales, respecto de las no jurisdiccionales y respecto de la pendencia de las instancias, recursos o medios de defensa— destaca Ferrer Mac-Gregor que no tiene carácter absoluto, sino que la propia Constitución y la Ley reglamentaria mexicanas establecen ex-

cepciones, que el autor también examina en detalle. Y en lo que se refiere a los plazos para la interposición del amparo, en México, a diferencia de España, no sólo se encuentran en relación con la naturaleza del acto de autoridad causante de la lesión, sino también a la residencia del quejoso o agraviado y, en ciertas hipótesis, ante la importancia de los bienes constitucionales protegidos, no rige plazo alguno, sino que la acción puede interponerse «en cualquier tiempo».

En lo que se refiere a la inviabilidad, se compara la regulación de la inadmisibilidad del amparo en los arts. 50 y 85.2 LOTC española y en el ordenamiento mexicano, estudiándose con detenimiento cada una de las causas de inadmisibilidad posibles. En la regulación mexicana, destaca que las «causas de improcedencia» pueden apreciarse en la fase preliminar, pero en otras ocasiones se detectan o sobrevienen más tarde y dan lugar ya a sentencia de «sobreseimiento» y, al igual que en España, junto a las de naturaleza procesal «existen algunas en las que su análisis implica un enjuiciamiento del fondo de la cuestión, por lo que implican más bien un genuino pronunciamiento desestimatorio de la acción de amparo». Todas ellas tienen como características comunes en México su carácter taxativo y que deben ser manifiestas y su comprobación debe ser plena y no inferirse por presunciones, según jurisprudencia de la Suprema Corte. Se clasifican, según su fuente, en constitucionales, meramente legales y de creación jurisprudencial (contra particulares, contra actos futuros y probables, contra el poder si el amparo lo solicita el propio poder, contra el auto de admisión de una demanda). Aparte del supuesto en que aparezca o sobrevenga alguna causa de improcedencia durante el juicio, son causas de sobreseimiento la falta de interés de proseguir con el juicio por desestimiento expreso o fallecimien-

to del quejoso, la inexistencia del acto reclamado o la cesación de sus efectos y la inactividad procesal del quejoso.

La obra, que se complementa con un nutrido apéndice bibliográfico, constituye una sólida investigación histórico-comparada sobre el amparo en España y en México. Podría haberse pensado que el método más adecuado para llevar a cabo la comparación entre los dos sistemas jurídicos sería uno funcional, esto es, uno que analizase el amparo en México con referencias comparadas a la regulación española (o viceversa) en aquellos aspectos en que pudieran ser de utilidad para resolver cuestiones no resueltas, o mal resueltas, en el otro país. Tal método habría sido posible para el autor, dado el profundo conocimiento alcanzado de los dos sistemas, que este libro hace patente y que no resulta fácil de alcanzar respecto de un sistema extranjero. Pero no habría sido adecuado porque ello presupone que el lector interesado en el libro conoce bien ambos sistemas o, por lo menos, que existe ya algún trabajo previo de exposición conjunta del instituto en los dos países, pero ello no era así, y justamente el libro que se recensiona proporciona un amplio estudio monográfico del amparo español y el mexicano por separado, pero, al mismo tiempo, pone en relación las soluciones alcanzadas en ambos sistemas, y destaca también las diferencias y semejanzas relevantes entre ellos, llevando así a cabo una utilización funcional del Derecho Comparado, junto a otra de carácter más expositivo, pero igualmente útil. El resultado es un trabajo exhaustivo, y fundado en una rigurosa y sólida investigación, por lo que no puede ser de extrañar la excelente acogida que ha tenido el libro en México, hasta el punto de que en el mismo año de su publicación se ha tenido que hacer una reimpresión, hecho no frecuente en el mundo de los libros jurídicos y menos si se trata, no de un análisis de una

legislación reciente novedosa, sino de un libro que aborda un tema clásico en el Derecho constitucional mexicano y tratado ya, además, en una copiosa bibliografía, con contribuciones de algu-

nos de los juristas mexicanos más ilustres a lo largo del último siglo, bien que el enfoque histórico-comparativo sin duda lo singulariza entre esa abundante literatura.

HÉCTOR FIX-ZAMUDIO, *Ensayos sobre el derecho de amparo*, Porrúa-UNAM, 2.ª ed., México, 1999, XXIV-802 pp.

Por EDUARDO FERRER MAC-GREGOR *

1. La presente obra recoge diecisiete importantes estudios jurídicos publicados en varias de las revistas de mayor prestigio de México y del extranjero, algunos de ellos ya traducidos al inglés¹, al italiano² y al japonés³. Constituye la síntesis del pensamiento del maestro Héctor Fix-Zamudio sobre el derecho de amparo, cuyas enseñanzas de más de cuatro décadas han trastocado la doctrina, la legislación y la jurisprudencia de la mayoría de los países de Latinoamérica.

Debido a la diversidad temática y de los distintos enfoques abordados con la profundidad y claridad científica que caracteriza al autor, puede considerarse este trabajo como una obra de consulta obligada no sólo para los juristas mexicanos, sino en general, iberoamericanos, no obstante que la mayoría de los ensayos se refieren específicamente al juicio de amparo mexicano, ya que en

varios estudios se plantean aspectos históricos, de teoría general del amparo y otros de Derecho comparado, que permiten establecer lineamientos o bases comunes para una de las instituciones procesales más significativas de nuestra época, si se tiene en cuenta que el proceso, juicio, recurso o acción de amparo se ha adoptado de manera progresiva en la mayoría de los textos fundamentales iberoamericanos: Argentina (art. 34), Bolivia (art. 19), Brasil (*mandado de segurança*, art. 5.º), Chile (recurso de protección, art. 21), Colombia (tutela jurídica, art. 86), Costa Rica (art. 48), España (art. 53.2), El Salvador (art. 182.1), Guatemala (art. 265), Honduras (art. 183), México (arts. 103 y 107), Nicaragua (art. 188), Panamá (art. 50), Paraguay (art. 134), Perú (art. 200), Uruguay (art. 7.º)⁴ y Venezuela (art. 27).

* Profesor de los cursos *Derecho Procesal Constitucional*, *Juicio de Amparo* y *Teoría General del Procesal* en diversas Universidades de México.

¹ «A Brief Introduction to the Writ of Amparo», traducción de CARL E. SCHWARZ, en *California Western International Law Journal*, San Diego, California, vol. 9, núm. 2, primavera de 1979, pp. 306-348.

² «Il diritto d'amparo in Messico e in Spagna. Influenza reciproche», traducción de PAOLO SAITTA, en *Diritto e Società*, Padua, núm. 2, 1979, pp. 233-262.

³ Traducción al japonés por HITOSHI HITAHARA de los trabajos: «El derecho de amparo en México y en España. Influenza recíproca» y «Breve introducción al juicio de amparo mexicano», en *Surugadai Journal of Law and Politics*, Universidad Surugadai, Hanno Saitana, Japón, vol. 7, núms. 1 y 2, octubre de 1993 y marzo de 1994, pp. 2-40 y 53-88. El segundo de ellos en la misma revista, vol. 8, núm. 2, marzo de 1995, pp. 146 y ss.

⁴ Si bien no de manera expresa, la acción de amparo uruguayo se deriva del

Teniendo en cuenta la extensión y profundidad de los temas contenidos en la obra, para una mayor claridad y debido a razones obvias de espacio, sólo destacaremos de manera conjunta y superficial, a manera de introducción preliminar, los aspectos que estimamos más relevantes bajo los dos parámetros que inspiran a los diversos ensayos: el Derecho comparado y el juicio de amparo mexicano en particular.

2. La necesidad creciente del estudio del amparo a través del método jurídico comparativo ha sido un aspecto destacado desde la primera obra publicada por Fix-Zamudio (1964)⁵, que ha retomado en varios de los estudios que ahora presenta. Con independencia de los antecedentes remotos en el Derecho romano (*homine libero exhibendo*), en el inglés (*habeas corpus*) y en el español (procesos aragoneses del Medievo), se ha considerado por la mayor parte de la doctrina que el amparo constituye una institución genuinamente mexicana, al haberse previsto por primera vez en la Constitución yucateca de 1841 (arts. 8.º, 9.º y 62) y haberse acogido a nivel federal, posteriormente, en las Constituciones de 1857 (arts. 100 y 101) y en la actual de 1917 (arts. 103 y 107), sirviendo como paradigma a diversas legislaciones de Latinoamérica y de España. Por ello, el autor expone la imperiosa necesidad de su estudio comparativo debido al aislamiento que

durante muchos años experimentó la doctrina mexicana derivada de la paternidad de la institución, no obstante los avances significativos de otras legislaciones y de la restante doctrina iberoamericana, que paradójicamente se interesó ampliamente en el amparo mexicano produciendo una bibliografía impresionante que contrasta con los pocos estudios de Derecho comparado en México con respecto a instituciones similares extranjeras⁶.

En este sentido se dirigen dos estudios generales relativos a la inclusión del análisis comparativo en el estudio del amparo. El primero de ellos, denominado «Derecho comparado y Derecho de amparo», refiere a la utilidad práctica que deriva del análisis comparativo al permitir al jurista nacional conocer de los avances legislativos, jurisprudenciales y de la doctrina extranjera contemporánea, advirtiendo la existencia de dos tendencias: una conservadora que desconfía de los estudios comparativos debido al temor injustificado a los efectos corruptores o disgregadores de una infiltración de las instituciones o leyes extranjeras; y otra, que acogen cada vez y con mayor intensidad muchos juristas contemporáneos, al entender que no es viable un estudio que penetre hondamente en todos los aspectos del Derecho nacional sin acudir al método jurídico comparativo, el cual no sólo no introduce elementos perturbadores en

artículo 7.º constitucional: «Los habitantes de la República tienen derecho a ser protegidos en el goce de su vida, honor, libertad, seguridad, trabajo y propiedad...». La ley 16.011 de 19 de diciembre de 1988 regula la acción de amparo.

⁵ *El juicio de amparo*, México, Porrúa, 1964.

⁶ Véanse, entre otros, IGNACIO L. VALLARTA, *El juicio de amparo y el writ of habeas corpus*, cuya primera edición se publicó en 1881; FERNANDO VEGA, «El juicio de amparo y el recurso de casación francés», en *Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia*, julio-septiembre de 1946, pp. 231-248; ÓSCAR RABASA, «Diferencias entre el juicio de amparo y los recursos constitucionales norteamericanos», en *Revista Mexicana de Derecho Público*, núm. 4, abril-junio de 1947, vol. I, pp. 385-406; en la actualidad, además de los múltiples trabajos del maestro FIX-ZAMUDIO, algunos contenidos en la obra que comentamos, véanse GUMERSINDO GARCÍA MORELOS, *El amparo hábeas corpus. Estudio comparativo México-Argentina*, ABZ Editores, México, 1998; y EDUARDO FERRER MAC-GREGOR, *La acción constitucional de amparo en México y España. Estudio de Derecho comparado*, 2.ª ed., México, Porrúa, 2000.

las instituciones propias, sino que constituye el instrumento indispensable para descubrir y analizar los matices peculiares de las instituciones nacionales.

En esta misma línea se dirige el segundo trabajo denominado «El juicio de amparo mexicano y el Derecho constitucional comparado», que partiendo de las enseñanzas de Paolo Biscaretti di Ruffia⁷ y de Giuseppe de Vergottini⁸ sobre el Derecho constitucional comparado, pone en evidencia los vínculos y la confluencia que se observa en la institución del amparo mexicano entre dos de las familias o sistemas jurídicos más importantes, a saber, el *Common Law* o Derecho angloamericano, y los ordenamientos pertenecientes al Derecho continental europeo o de tradición jurídica romano canónica. Así surge el amparo debido a la influencia que tuvieron del Derecho constitucional de Estados Unidos los considerados padres del amparo, Manuel Crescencio Rejón en la Constitución yucateca de 1841 y Mariano Otero en la Acta de Reformas expedida en 1847, a través del conocimiento que adquirieron de la obra clásica de Alexis de Tocqueville *La democracia en América del Norte*, traducida al español en 1836 por Sánchez de Bustamante (existe una reimpresión publicada en México en 1855, año en que se convocó al Congreso Constituyente que expidió la Constitución de 1857, que consagró a nivel federal al amparo); y en menor intensidad, a través de la obra *El Federalista*, que se conoció de manera fragmentada por traducciones al español, publicadas en periódicos mexicanos entre los años 1827 y 1830. De ahí la influencia estadounidense de la *judicial review*, pues el producto de ese «trasplante legal» produjo una institución tutelar diversa debido al trasfondo hispánico cultural de más de tres

siglos, perteneciente al sistema romano canónico.

De manera específica, otros tres trabajos versan sobre el estudio comparativo entre el juicio de amparo mexicano y las instituciones similares en España, Alemania y Colombia, estableciendo sus orígenes, similitudes y diferencias. Con independencia de la influencia austríaca, resulta significativa la manera en que el recurso de amparo español se introdujo en la Constitución republicana de 9 de diciembre de 1931 (art. 121-b), debido a las enseñanzas del constitucionalista mexicano Rodolfo Reyes Ochoa (hijo del General Bernardo Reyes y hermano del escritor y diplomático Alfonso Reyes) que radicó cerca de cuarenta años (1914-1954) en territorio español por las diferencias políticas con el presidente Victoriano Huerta, no obstante haber sido ministro de justicia al inicio del mandato de éste. La influencia se hace patente en la Ley del Tribunal de Garantías constitucionales de 1933 y en el Reglamento de dicho Tribunal, en los diversos supuestos de procedencia y legitimación, y en la tramitación de un incidente de suspensión similar al mexicano. Pero también el recurso de amparo español influyó en la creación del amparo mexicano, sobre todo por la asimilación jurídico-cultural de tres siglos y por la influencia de la casación, que constituye uno de los sectores en que se divide la institución tutelar mexicana. El actual recurso de amparo español restablecido en la Constitución democrática de 1978 presenta importantes diferencias con el juicio de amparo mexicano, que pueden advertirse en dos direcciones distintas. En cuanto al órgano constitucional que lo resuelve, en el caso español se crea un auténtico Tribunal Constitucional independiente al

⁷ *Introducción al Derecho constitucional comparado*, trad. de HÉCTOR FIX-ZAMUDIO, México, Fondo de Cultura Económica, 1996.

⁸ *Diritto costituzionale comparato*, Padua, Cedam, 1981.

poder judicial; en tanto que en el caso de México la Suprema Corte de Justicia, máxima instancia jurisdiccional del poder judicial federal, realiza materialmente tal función a partir de las reformas constitucionales de 1987 y 1994, esencialmente en grado de revisión de estricto contenido constitucional respecto de resoluciones de primer grado que resuelven los Juzgados de Distrito y los Tribunales Colegiados de Circuitos federales diseminados en todo el territorio; y por otra parte, se apartan en cuanto a los derechos tutelables, en tanto la institución mexicana comprende la protección de todo el ordenamiento nacional (cuestiones constitucionales y de legalidad), el amparo español se reduce exclusivamente a los derechos fundamentales y libertades públicas a que se refiere la Constitución, excluyendo tanto la libertad e integridad personales protegidos por el hábeas corpus (institución autónoma), como también la impugnación de las normas generales tutelables a través del recurso y de la cuestión de inconstitucionalidad; además de existir el recurso de casación para impugnar en última instancia las resoluciones de los tribunales ordinarios ante el Tribunal Supremo. A pesar de estas diferencias escrupulosamente señaladas por el maestro Fix-Zamudio, en un trabajo reciente⁹ ha evidenciado un acercamiento entre ambos amparos, al ampliarse la protección española a cuestiones de mera legalidad, mediante la «tutela judicial efectiva» prevista en el artículo 24 de la Constitución de 1978, acercándose considerablemente al juicio de amparo directo mexicano que procede contra resoluciones judiciales definitivas (arts. 14 y 16 constitucionales).

Por lo que hace al recurso federal constitucional alemán (*Verfassungsbeschwerde*)¹⁰ existen similitudes con el juicio de amparo mexicano, a pesar de las diferencias económicas, sociales y culturales de ambos países, y de haber surgido en épocas distintas y por causas diferentes. Mientras que el juicio de amparo mexicano surge por la influencia estadounidense en la Constitución yucateca de 1841 y en los textos federales de 1857 y 1917 conforme a lo ya señalado; la queja constitucional alemana se inspira en la Constitución austríaca de 1920 y se prevé primero a nivel legislativo en la Ley sobre el Tribunal Constitucional de la Federación de 1961 y posteriormente se incorpora a nivel constitucional, mediante reforma de 1969, debiendo mencionarse los importantes precedentes de instituciones similares en el Imperio Austrohúngaro (1867), y en los mecanismos locales del Estado de Baviera de 1919 y de 1946. Entre los principales aspectos que separan a ambos institutos, se encuentra la procedencia en materia electoral y los efectos de sus sentencias, ya que la queja constitucional alemana procede en dicha materia y pueden sus fallos tener el carácter *erga omnes* respecto de la inconstitucionalidad de normas legislativas; en tanto la institución mexicana resulta improcedente en materia electoral y en todos los supuestos produce efectos en el caso particular. En cambio, las similitudes más notables se dirigen a los derechos tutelables, en la necesidad de agotar las instancias y recursos ordinarios previos, con algunas excepciones en ambos países, y en las medidas precautorias o cautelares, conocidas en México como la suspen-

⁹ «Estudio comparativo del amparo contra resoluciones judiciales en México y en España», que aparecerá publicado en el libro homenaje al destacado constitucionalista español FRANCISCO RUBIO LLORENTE.

¹⁰ Para una aproximación de este instrumento, véase PETER HÄBERLE, «El recurso de amparo en el sistema germano-federal de jurisdicción constitucional», en DOMINGO GARCÍA BELAUNDE y FRANCISCO FERNÁNDEZ SEGADO (coords.), *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*, Madrid, Dykinson, pp. 227-282.

sión del acto reclamado, en ambos casos para evitar perjuicios graves y con el objeto de impedir la consumación de la afectación de los derechos fundamentales.

El último de los ensayos relativos al Derecho comparado en particular, se refiere a la tutela jurídica colombiana, introducida en la Constitución de 1991 y cuyo estudio comparativo con la institución del amparo iberoamericano se presentó originalmente como ponencia general en las *XVI Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal*. Después del análisis de las características generales del amparo constitucional iberoamericano, que en esencia presentan lineamientos comunes, como son la tutela de los derechos humanos consagrados en los ordenamientos constitucionales y, en algunos casos, en los internacionales, a través de un procedimiento sencillo y breve en el que existen medidas precautorias o cautelares para preservar dichos derechos, culminando con una sentencia para restituir al afectado en el goce y ejercicio de sus derechos infringidos por cualquier autoridad o, en algunos supuestos, también por particulares en situación de predominio, el profesor Fix-Zamudio concluye que en realidad la tutela colombiana debe comprenderse dentro de dichas características del amparo iberoamericano, tanto por su alcance protector, por el avance significativo de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional colombiano, como por su semántica jurídica, ya que los vocablos «amparo» y «tutela» resultan equivalentes y se utilizan como sinónimos.

3. Los restantes trabajos tratan específicamente el juicio de amparo mexicano. El primer problema planteado ver-

sa sobre su naturaleza jurídica. Destaca con acierto el autor que el motivo fundamental por el que no existe acuerdo sobre el tema en cuestión, deriva que en la doctrina mexicana se ha estudiado al amparo desde la óptica sustantiva del Derecho constitucional, sin tener presentes los avances científicos del Derecho procesal contemporáneo lo que motiva la necesidad de la «reivindicación procesal del amparo»; situación particular que debe extenderse en general a la doctrina iberoamericana, ya que hasta hace unas décadas existe una creciente atención por los procesalistas sobre el tema, propiciando, incluso, el nacimiento de una nueva disciplina jurídica denominada *Derecho procesal constitucional*¹¹ cuyo contenido y límites entre la teoría general del proceso y el Derecho constitucional sigue siendo motivo de análisis y polémica. Bajo esta óptica de la teoría general del proceso o de la doctrina procesal el autor estima que debe estudiarse la naturaleza jurídica del amparo, analizando las diversas teorías que la doctrina ha aportado al considerar al amparo como interdicho, institución política, cuasiproceso, proceso en todas sus partes, proceso autónomo de impugnación, instrumento de control y de carácter mixto.

Varios de los trabajos se refieren a la evolución constitucional que ha sufrido el juicio de amparo mexicano durante más de ocho décadas de la promulgación de la actual Constitución de 5 de febrero de 1917. La mayoría de las reformas se dirigieron a reducir el rezago de la Suprema Corte de Justicia, destacando las modificaciones constitucionales de 1928 y 1934 que dividieron a dicho órgano en Pleno y en diversas Salas (civil, penal, adminis-

¹¹ Véanse las obras más recientes que tratan de sistematizar esta nueva disciplina jurídica: DOMINGO GARCÍA BELAUNDE, *Derecho Procesal Constitucional*, Ed. Temis, Bogotá, 2001; y el colectivo en el que participan un importante número de juristas iberoamericanos *Derecho Procesal Constitucional*, EDUARDO FERRER MAC-GREGOR (coord.), Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, A. C., México, Porrúa, 2001.

trativa y laboral), así como las reformas de 1951, al crearse los Tribunales Colegiados de Circuito en materia de amparo para auxiliar a la propia Corte, y la de 1968 para descargar de su conocimiento a aquellos juicios de amparo de menor trascendencia y encomendarlos a los citados tribunales.

En dirección contraria, las reformas constitucionales y legales de 1987-1988 y especialmente la reforma integral al poder judicial de 31 de diciembre de 1994 convierten materialmente a la Suprema Corte de Justicia en un auténtico tribunal constitucional, ya que antes realizaba fundamentalmente funciones de un tribunal de casación. De esta forma y derivado de las citadas reformas se concentró en dicho alto órgano jurisdiccional el conocimiento de los juicios de amparo en los cuales se controvierta la aplicación directa de normas de la Carta Fundamental, y se trasladaron los relativos al control de legalidad a los Tribunales Colegiados de Circuito, los que asumen de manera exclusiva y a partir de entonces el carácter de tribunales de casación. Evidentemente, con ello además de aliviar la carga de la Suprema Corte, la intención es que ésta asuma su función esencial de intérprete supremo de la normativa constitucional que se cristaliza con su nueva estructura de once miembros (veintiséis antes de la reforma citada de 1994) y también con la ampliación de los supuestos de las controversias constitucionales derivados de los conflictos competenciales y de atribuciones entre los órganos del estado, y con la introducción de la acción abstracta de la inconstitucionalidad de leyes, lo cual se acerca a las funciones propias de un tribunal constitucional.

Pone de relieve el autor que a pesar de estas nuevas bases competenciales y

legales que han modernizado de manera paulatina la legislación de amparo, se requiere seguir con su perfeccionamiento, por lo que resulta indispensable la expedición de una nueva Ley de Amparo (la vigente se expidió en 1936 y hasta ahora ha tenido veinte reformas) que regule por separado los distintos sectores que integran actualmente al Derecho de amparo mexicano, si se tiene en cuenta la naturaleza distinta de cada uno de ellos, especialmente los relativos al *habeas corpus*, casación o amparo judicial, y al amparo contra leyes; además de la necesidad de incorporar algunos aspectos innovadores que se han previsto en otras legislaciones latinoamericanas, como son los relativos a la protección de los derechos o intereses difusos y colectivos, la extensión de la tutela a los derechos humanos establecidos en los instrumentos internacionales ratificados por México, así como el análisis de la procedencia del amparo respecto de la conducta de los grupos sociales y económicos en situación de preeminencia que también infringen los derechos fundamentales de los gobernados, situación que se originó en el amparo argentino y que se ha extendido a otros ordenamientos de Latinoamérica.

Uno de los aspectos más significativos que propone el maestro Fix-Zamudio y que ha desarrollado en diversos estudios desde hace varias décadas¹², consiste en suprimir la llamada «fórmula Otero» o principio de la relatividad de las sentencias de amparo, que implica que los efectos del fallo protector en el que se establece la inconstitucionalidad de disposiciones legislativas sólo se traduce en su desaplicación *inter partes*, con lo cual se infringe el principio fundamental del Estado democrático, relativo a la igualdad de los gobernados

¹² «La declaración general de inconstitucionalidad y el juicio de amparo», Comunicación al *Quinto Congreso Mexicano de Derecho Procesal* (ciudades de Culiacán y Mazatlán, Sinaloa, 20-25 de noviembre de 1970) y publicado en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núms. 10-11, enero-agosto de 1971, México, pp. 53-98.

frente a la ley. Siguiendo el ejemplo de otros ordenamientos latinoamericanos, el autor propone la imperiosa necesidad de introducir la declaración general de inconstitucionalidad también en el juicio de amparo, puesto que ya existe en las controversias constitucionales y en la acción abstracta de inconstitucionalidad reguladas por el artículo 105 de la Carta federal, aunque tal vez, señala, sea necesario un periodo de adaptación paulatina, en el cual dicha declaración sólo tenga efectos *erga omnes* hasta que se conforme la jurisprudencia obligatoria de la Suprema Corte (actualmente se requieren cinco precedentes).

En suma, esta obra que recoge el pensamiento preclaro del maestro Fix-Zamudio sobre el Derecho de amparo,

constituye un aporte fundamental para sentar las bases de una sólida teoría general de esta institución, mediante una nutrida visión histórico comparativa de su evolución y representa una fuente indispensable para mejorar el Derecho de amparo a través de posibles reformas legislativas y jurisprudenciales, como se pone en evidencia en el proyecto de una *nueva Ley de Amparo* que recientemente elaboró el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de México (2001), al incorporar innovaciones trascendentales como la declaratoria general de inconstitucionalidad, el interés legítimo y la ampliación de la gama constitucional de los derechos humanos a los previstos en los textos internacionales ratificados por México.

HÉCTOR FIX-ZAMUDIO: *Justicia Constitucional, Ombudsman y Derechos Humanos*, 2.ª ed., Comisión Nacional de Derechos Humanos, México, 2001, XXII-670 pp.

Por CARLOS F. NATARÉN *

Nos encontramos ante una obra que, aparecida en 1993 y reimpressa en 1997, se encuentra ahora en su segunda edición. Como se desprende del título, se trata de una compilación de ensayos del autor, una docena para ser exactos, que reflexionan en torno a cuatro cuestiones que al día de hoy se pueden calificar como esenciales dentro de la materia: Justicia Constitucional, defensa de la Constitución, Ombudsman y protección jurídica de los derechos humanos.

Un primer aspecto que salta a la vista, es la aparente diversa naturaleza de las cuestiones abordadas, ya que únicamente en las últimas dos se aprecia una relación directa con los derechos humanos, por lo que cabría preguntarse el por qué de su reunión en esta obra. Sin embargo, y como lo señala el mismo autor, todas estas cuestiones están vin-

culadas con uno de los temas más importantes de nuestra época: la dimensión jurídica de la persona humana.

En efecto, aunque la defensa de la Ley Suprema y la Justicia Constitucional pareciera que tienen mayor amplitud, puesto que están dirigidas a la tutela de todas las normas fundamentales y no exclusivamente a las relativas a los derechos de la persona humana, resulta indudable que su finalidad esencial radica en la protección jurídica de los propios derechos humanos, ya que es inobjetable que el destinatario final de todo el ordenamiento jurídico es, precisamente, la persona humana y la preservación de su libertad y dignidad.

Así pues, partiendo de la premisa que todos los instrumentos que se han establecido por las normas constitucionales, para regular las atribuciones de

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

los órganos del poder, las relaciones que sostienen entre sí, la distribución y límites de sus funciones y los mecanismos de solución de controversias, están al servicio de la libertad y dignidad del hombre, es posible considerar que el Estado moderno y el orden jurídico que lo regula está [debe estar] orientado a la protección de los derechos humanos. En este sentido se observa una clara orientación de los actuales instrumentos de protección de las normas constitucionales, de manera predominante hacia la tutela de los derechos fundamentales.

Es pues, desde esta visión garantista del Estado Constitucional de Derecho, desde donde se puede apreciar que es completamente pertinente que la obra en comentario inicie con un magnífico análisis de la labor de «El Juez ante la norma constitucional». Este trabajo inicia con un repaso a la evolución que se ha operado en la concepción del Juez, que de ser la boca que repite las palabras de la Ley¹, sin facultades para atenuar o modificar su rigor, ha llegado a ser en nuestros días la figura central del Derecho. En efecto, actualmente no se pone en tela de juicio la importancia de la función jurisdiccional, antes bien al contrario se reconoce su trascendencia, ya que, como señala Fix-Zamudio, por un lado, todo acto de aplicación de la norma implica una labor previa de interpretación y de creación de Derecho. Por otro lado, la actividad del Juez busca materializar un difícil equilibrio entre las formas lógicas que rigen el aspecto externo o formal del raciocinio judicial y el contenido de carácter axiológico de la propia reflexión.

De acuerdo con el autor, en el caso

de las normas constitucionales, la labor jurisdiccional reviste especiales características. Esto se deriva fundamentalmente del hecho de que estas normas se distinguen del resto del ordenamiento jurídico por tres razones: en su aspecto externo o formal, las disposiciones constitucionales se encuentran contenidas en un documento expedido por el Poder Constituyente y sólo pueden ser modificadas por un procedimiento dificultado de reforma. En lo relativo a la estructura lógica del Derecho, estas normas son el fundamento de validez de todo el ordenamiento. En cuanto a su contenido, la distinción puede ser un poco más sutil, pero la tendencia es que el documento constitucional contenga los valores supremos de la comunidad política y las normas relativas a la organización de sus poderes supremos. Estas distinciones influyen directamente en su interpretación, que paulatinamente se ha transformado en una labor que requiere altas dosis de sensibilidad jurídica, política y social.

Estas especiales características pueden explicar entonces la aparición de una Jurisdicción Constitucional especializada. Sin embargo, no se debe perder de vista que, como afirma el autor, todos los jueces, cualquiera que sea su categoría, su denominación o la autoridad que se les reconozca, son en cierto sentido jueces constitucionales, ya que al aplicar las disposiciones legales a los casos concretos que se les someten, tienen que crear la norma particular judicial de acuerdo con los principios de la Carta Fundamental, y si no están autorizados a desaplicar o anular las normas que consideren contrarias a la Constitución, al menos en un elevado porcentaje de casos, pueden y deben, en

¹ Es ya clásica la cita de esta frase del Libro XI, capítulo VI, de *El espíritu de las leyes*, de MONTESQUIEU; sin embargo, expresa muy claramente lo que fue la reacción frente a las invasiones de los parlamentos judiciales, que buscó establecer la figura del Juez como un aplicador mecánico de la Ley, cfr., CALAMANDREI, *La casa-civil*, trad. de SANTIAGO SENTÍS MELENDO, tomo I, vol. I, Buenos Aires, 1961, pp. 208 y ss.

virtud del principio de la supremacía constitucional, interpretar las normas ordinarias de manera que se adapten lo más posible a las directrices fundamentales de la Ley Suprema.

Tratando de comenzar el repaso del contenido de la obra por los temas de contenido más general, iniciaremos por destacar el conjunto de ensayos referidos a «La constitución y su defensa», al que se puede agregar «Algunas breves reflexiones sobre la defensa de la Constitución en el ordenamiento mexicano», en los que Fix-Zamudio define la Justicia Constitucional como el conjunto de instrumentos jurídicos y procesales que se han establecido en las cartas fundamentales, tanto para conservar la normativa constitucional como para prevenir su violación, reprimir su desconocimiento, y lo que en opinión del autor es más importante: lograr el desarrollo y la evolución de las propias disposiciones constitucionales en un doble sentido, desde el punto de vista de la Constitución formal se busca obtener su adaptación a los cambios de la realidad político-social, y desde el ángulo de la Constitución material, su transformación de acuerdo con las normas programáticas de la propia carta fundamental.

Podemos observar otro grupo de trabajos que abordan en una perspectiva panorámica, los temas de la «Justicia Constitucional en América Latina», «La Justicia Constitucional en el ordenamiento mexicano», a los que se puede agregar «La Justicia Constitucional y la judicialización de la política» ensayo recientemente incorporado para la segunda edición de la obra. En estos trabajos se hace una importante reflexión sobre la manera en que se llega a un sistema híbrido de control de la constitucionalidad en los países de nuestro entorno. Así pues, Fix-Zamudio destaca que a pesar que a partir de la independencia, se adoptó en las antiguas colonias de España y Portugal el llama-

do «sistema americano» de control constitucional de los actos de autoridades, incluyendo las legislativas, por influencia de la Constitución Federal de los Estados Unidos, de carácter difuso e incidental, con efectos particulares respecto de las disposiciones legislativas inconstitucionales (desaplicación). En la segunda posguerra se advierte la creciente influencia del calificado como «sistema europeo occidental» o «austriaco», por haber surgido en la Constitución austríaca de 1920, que introdujo un organismo jurisdiccional especializado en la solución de conflictos constitucionales, con un régimen concentrado, principal y con efectos generales o *erga omnes* por lo que respecta a la declaración de la inconstitucionalidad de las Leyes.

Es así que en combinación con el sistema difuso, se introdujeron en las Constituciones latinoamericanas Tribunales, Cortes y Salas constitucionales (en Guatemala, Chile, Ecuador, Perú, Colombia, Bolivia, Costa Rica, El Salvador y Paraguay). Estos organismos jurisdiccionales especializados, además de resolver controversias de competencia y atribución y acciones abstractas de inconstitucionalidad, tienen como función esencial la tutela de los derechos humanos, otorgándole primacía en su jurisprudencia. Incorporando al concepto de derechos humanos tanto los consagrados en las normas fundamentales como los contenidos en tratados internacionales. También en México, la Suprema Corte de Justicia, cuyo nombre no ha sido modificado, en las reformas constitucionales y legales de 1988, 1995 y 1996, se ha transformado en un verdadero Tribunal Constitucional.

Al hilo del papel que desarrolla la Suprema Corte de Justicia de la Nación en el ordenamiento mexicano, encontramos en la recopilación un interesante análisis sobre la realidad del amparo mexicano y sus perspectivas a futuro.

De esta forma en «Reflexiones sobre el derecho constitucional procesal mexicano» y «El amparo mexicano como instrumento protector de los derechos humanos» se pasa revista a la actualidad del amparo mexicano. En estos ensayos se define esta garantía constitucional como un instrumento procesal de carácter complejo, pues dentro de su aparente unidad abarca cinco sectores, que en otros ordenamientos latinoamericanos se encuentran regulados de manera independiente. Así, el amparo contiene el hábeas corpus; la impugnación de las Leyes inconstitucionales; la tutela respecto de todas las resoluciones judiciales del país, en su carácter de casación federal sin emplear este nombre, respecto de los actos y resoluciones de autoridades administrativas, e incluye ciertas reglas tutelares de los derechos de los campesinos sujetos al régimen de reforma agraria.

Al respecto sería conveniente recordar que durante las ocho décadas que han transcurrido desde la promulgación de la Constitución Federal de 5 de febrero de 1917, se han producido varios cambios importantes en la regulación del juicio de amparo mexicano, a partir del texto original del artículo 107 de nuestra Carta Fundamental, que establece los lineamientos esenciales de la institución, así como de otros preceptos relacionados con el propio Derecho de Amparo. Varias de esas reformas tuvieron el propósito esencial de reducir el rezago de la Suprema Corte de Justicia, que ha estado abrumada por la carga del enorme número de juicios de amparo que debe resolver. En esta dirección podemos señalar las modificaciones constitucionales de 1928 y 1934, que dividieron a la Corte. En el mismo sentido actuaron las reformas de 1951 y 1968, la primera creó los tribunales colegiados de circuito en materia de amparo, para auxiliar a la propia Corte, y la siguiente, descargó al máximo tribunal mexicano del conocimiento de los

juicios de amparo de menor trascendencia y los encomendó a los citados tribunales.

Las siguientes reformas esenciales al Derecho de Amparo mexicano, fueron realizadas en 1988 y la de 1995. Se inspiraron en una orientación diversa, es decir, buscaron modificar la tendencia que se inicia el siglo anterior, y que convirtió a la Suprema Corte de manera predominante en un Tribunal de Casación, buscando transformarla en un Tribunal Constitucional, ya que a partir de dichas reformas, se concentró, en el más alto tribunal de la Federación mexicana, el conocimiento de los juicios de amparo en los cuales se controvierta la aplicación directa de normas de la Carta Fundamental. Por mor de las mismas reformas se trasladaron las facultades relativas al control de legalidad, a los Tribunales Colegiados de Circuito, que asumen a partir de entonces, y de manera exclusiva, el carácter de tribunales de casación. Con ello, además de aliviar la carga de la Suprema Corte, se pretende que asuma la función esencial de interpretar de manera definitiva las normas de la Constitución Federal, transformándola en un Tribunal Constitucional por razón de la materia. Además, las reformas de 1995, si bien no modificaron de manera esencial al juicio de amparo, transformaron la estructura de la propia Suprema Corte, ampliando, de manera significativa, su función de control constitucional. En este sentido a partir de este último año, se extendió el ámbito de las controversias constitucionales, para incluir conflictos de atribución entre los órganos del Estado, y se introdujo una acción abstracta de inconstitucionalidad.

Ahora bien, de acuerdo con Héctor Fix-Zamudio, en los umbrales del siglo XXI, la regulación de esta institución procesal no puede considerarse satisfactoria, por lo que es necesario seguir adelante en su perfeccionamiento. Para el autor es indispensable la expe-

dición de una nueva Ley de Amparo. Para ello es preciso partir de bases sólidas, especialmente del reconocimiento de que el Derecho de Amparo, bajo la misma denominación comprende varias instituciones procesales, pues cada uno de esos sectores requiere de una reglamentación peculiar. Una vez reconocida esta situación, que no se refleja en la Ley actual, se requiere que se establezcan los lineamientos peculiares de cada institución: hábeas corpus, amparo contra Leyes y casación o amparo judicial, como los más importantes.

Para Fix-Zamudio la paradoja de la regulación actual del Derecho de Amparo mexicano, es no configurar la principal finalidad del mismo, que es el amparo en sentido estricto, el que ha servido de modelo en los ordenamientos iberoamericanos, en los cuales se han establecido otras instituciones con el mismo nombre o similares. Por esta razón considera imprescindible que se establezca un régimen especial para esta institución, y que en esa nueva regulación se incorporen algunos aspectos innovadores, que se han consagrado en otras legislaciones latinoamericanas, como son los relativos a la tutela de los llamados intereses (en realidad, derechos) difusos o trascendentales; la extensión de la tutela a los derechos establecidos en los instrumentos internacionales ratificados por nuestro país, así como el análisis de la procedencia del amparo respecto de la conducta de los grupos sociales y económicos en situación de preeminencia, que también conculcan los derechos fundamentales de los gobernados, situación que se originó en el amparo argentino y que se ha extendido a otros ordenamientos de Latinoamérica.

Fix-Zamudio pone especial énfasis en uno de sus más importantes propuestas, como es la posibilidad, de superar la llamada «fórmula Otero», que implica que la sentencia de amparo en la cual se establece la inconstitucio-

nalidad de disposiciones legislativas, sólo se traduce en su desaplicación para las partes en el proceso concreto, con lo cual se infringe el principio fundamental del Estado Democrático, que es el de igualdad de los gobernados frente a la Ley. Siguiendo el ejemplo de otros ordenamientos latinoamericanos, el autor propone que se implante la declaración general de inconstitucionalidad dentro de los efectos del juicio de amparo, puesto que ya existe en las controversias constitucionales y en la acción abstracta de inconstitucionalidad, reguladas por el artículo 105 de la Carta Federal. Incluso llega a proponer que exista un período de adaptación paulatina, en el cual dicha declaración sólo tenga efectos hasta que se integre la jurisprudencia obligatoria de la Suprema Corte. Desde nuestro punto de vista resulta especialmente importante ver que la mayor parte de las propuestas de este distinguido jurista mexicano se han reflejado en el proyecto de Ley de Amparo, en su Título IV, Capítulo IV «Declaración General de Inconstitucionalidad o de Interpretación conforme», que mantiene la estructura esbozada líneas arriba.

Encontramos por otra parte dos ensayos dirigidos a estudiar la figura del *Ombudsman*. Son «Posibilidad del Ombudsman en el Derecho constitucional» y «El papel del Ombudsman en la protección de los intereses difusos». Aun cuando los organismos no jurisdiccionales de protección de derechos humanos que siguen el modelo escandinavo del Ombudsman no pueden considerarse como instrumentos procesales en sentido estricto, sin embargo, para el autor, se incluyen entre las garantías constitucionales, por el auxilio y la colaboración que prestan a los tribunales que conocen de dichos mecanismos de carácter procesal. Como es sabido su introducción en Latinoamérica ha sido reciente y asume aspectos peculiares, por lo que ha sido calificado como

Ombudsman criollo. Para Fix-Zamudio la labor de estos órganos es de importancia en la creación de una verdadera cultura de respeto a los derechos humanos. Se ha extendido esta institución a numerosos países de la región, de manera predominante a nivel constitucional, y son ya muy pocos los que no la han adoptado.

Uno de los temas que, en nuestra opinión, es de los mejor abordados en la presente obra, es el relativo a la protección de los derechos humanos en el ámbito internacional. Al estudio de esta materia se dedican los trabajos «El derecho internacional de los derechos humanos en las constituciones latinoamericanas y en la Corte Interamericana de Derechos Humanos» y «Las relaciones entre los tribunales nacionales y los internacionales». Este último, presentado como ponencia general en el X Congreso Mundial de Derecho Procesal, celebrado en Taormina, Italia, en 1995 y publicado en las *Actas*² de dicho Congreso, es el segundo de los dos estudios que se agregan a la obra en esta segunda edición.

Fix-Zamudio señala que es ésta una materia compleja y dinámica, debido a la evolución progresiva y creciente del Derecho internacional en los últimos años, en los que de manera paulatina, ha ido adquiriendo preeminencia sobre las disposiciones legales internas, fundamentalmente en el ámbito de los tratados sobre derechos humanos, a los que se les ha venido reconociendo de manera expresa el carácter de normas constitucionales en algunas Cartas fundamentales contemporáneas, entre las que se puede citar a la Constitución argentina, reformada sustancialmente en

agosto de 1994, y recientemente el proyecto de reforma de la Ley de Amparo de México.

Al respecto debemos recordar que originalmente en el Derecho Internacional, sólo los Estados eran considerados sujetos jurídicos, y aun en los casos de la protección diplomática en beneficio de personas individuales o grupos colectivos, la relación se entablaba entre los Estados interesados; además, no existían organismos ante los cuales se pudiesen reclamar las violaciones de los derechos fundamentales. Sin embargo, como parte del vertiginoso aumento de la preocupación internacional por el respeto a los derechos humanos que ha existido en las últimas cinco décadas, indiscutiblemente originado como reacción a los hechos de la segunda guerra mundial, se ha intentado establecer el marco mínimo de derechos humanos y libertades fundamentales a través de Tratados y Declaraciones.

Junto a este conjunto de normas sustantivas, también se han establecido organismos de carácter supranacional para su protección, siempre con carácter subsidiario o complementario, para los casos en que no se ha logrado tutela de los derechos fundamentales en el ámbito de Derecho interno. Todas estas normas han adquirido características específicas que las separan del Derecho Internacional tradicional, y por ello algunos autores las han englobado en una nueva disciplina que ha recibido el nombre de *Derecho Internacional de los derechos humanos*³. Entre los aspectos que le dan carácter específico a esta rama del Derecho Internacional general, sobresale el hecho de que, mientras este último tiene como sujetos

² International Association of Procedural Law, *Transnational Aspects of Procedural Law*, X World Congress of Procedural Law, Taormina, Italia, 17-23 september 1995, *General Reports*, Università di Catania, Giuffrè, Milano, 1998, tomo I, 181-311.

³ JUAN CARLOS HITTERS, *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, tomo I, *Convenio Europeo de Derechos Humanos. La Carta Social Europea*, tomo II, *Sistema Interamericano. El Pacto de San José, Costa Rica*, Ediar, Buenos Aires, 1991 y 1993.

a los Estados soberanos, el Derecho Internacional de los derechos humanos, otorga a los individuos y a los grupos no gubernamentales, la naturaleza de sujetos y no de objetos de la protección internacional. De esta manera se afirma que, el tema de la personalidad jurídica internacional de los individuos, es el rasgo determinante de esta disciplina. En este sentido Nikken⁴ afirma que esta característica se encuentra estrechamente vinculada con la aptitud de la persona natural para ser directamente titular de derechos y obligaciones en el ámbito internacional o con la posibilidad de ejercer por sí mismo esos derechos.

Esta nueva disciplina puede dividirse para efectos de su estudio en dos sectores esenciales. El primero se refiere a la enumeración de los derechos humanos sustantiva o material. Como segundo sector se ha configurado una categoría normativa de carácter procesal, todavía más reciente, que puede denominarse *Derecho Procesal Internacional de los Derechos Humanos*⁵. De los dos sectores mencionados, el más novedoso es el de carácter procesal; sin embargo, los procesalistas han mostrado poco interés por el estudio del enjuiciamiento internacional de los derechos humanos, ya que es evidente que existen pocos trabajos que estudien la organización de los organismos de instrucción y tribunales internacionales de derechos humanos y la tramitación que se sigue ante ellos; situación que por

otra parte, no es privativa de estos últimos años y ya fue señalada por Niceto Alcalá-Zamora y Castillo a mediados de la década de los setenta⁶.

El Derecho Internacional de los derechos humanos, tanto el sustantivo como su correlativa rama procesal, tiene varias dimensiones. Se señala en primer término el ámbito universal, que corresponde a la esfera de la Organización de las Naciones Unidas. Como es sabido, en lo que es su normatividad sustantiva, el sistema universal es muy amplio, ya que incluye una gran cantidad de tratados y declaraciones, por lo que haciendo un recuento de los documentos esenciales de naturaleza genérica, debe mencionarse la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, expedida en París el 10 de diciembre de 1948, y que indudablemente es la base de todos los sistemas regionales de protección de derechos humanos. También consideramos esenciales los pactos de las Naciones Unidas sobre Derechos Civiles y Políticos, y sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, expedidos en la ciudad de Nueva York el 16 de diciembre de 1966 y que entraron en vigor los días 3 de marzo y 23 de enero de 1976, respectivamente.

Además de algunos órganos que se ocupan del análisis de violaciones genéricas de derechos humanos, como la Comisión de Derechos Humanos y la Subcomisión para la Prevención de Discriminaciones y Protección de Minorías que dependen del Consejo Eco-

⁴ PEDRO NIKKEN, *La protección internacional de los derechos humanos. Su desarrollo progresivo*, Civitas-Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Madrid, 1987, p. 67.

⁵ Así lo propone el mismo Fix-Zamudio en «Lineamientos procesales de los procedimientos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos», en la obra editada por RAFAEL NIETO NAVÍA, *La Corte y el Sistema Interamericano de los Derechos Humanos*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 1994, pp. 147-188; y también en «Notas sobre el sistema Interamericano de Derechos Humanos», en la obra coordinada por DOMINGO GARCÍA BELAÜNDE y FRANCISCO FERNÁNDEZ SEGADO, *La Jurisdicción Constitucional en Iberoamérica*, Dykinson, Madrid, 1998, pp. 163-224.

⁶ NICETO ALCALÁ-ZAMORA CASTILLO, *La protección procesal internacional de los derechos humanos*, Madrid, Civitas, 1975, 179 pp.

nómico y Social de las propias Naciones Unidas (ECOSOC); el organismo que realiza funciones parajudiciales de investigación de denuncias individuales de la violación de los derechos humanos en el ámbito mundial es el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, que inició sus actividades en 1976, establecido por el Protocolo Facultativo al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos mencionados líneas atrás.

Además del sistema universal, como sabemos, se han establecido varios sistemas de carácter regional que también poseen disposiciones normativas sustanciales y procesales. Hasta el momento se pueden señalar cuatro regiones: a) el sistema europeo, b) el sistema americano, c) el sistema africano y d) el sistema de la Comunidad de Estados Independientes, este último creado por los Estados que se formaron con la desintegración de la Unión Soviética.

El sistema americano se conforma en lo sustantivo, por la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, expedida en la ciudad de Bogotá, Colombia, en mayo de 1948, 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 vigor en julio de 1978. Se trata de instrumentos que, junto a la Carta de la Organización de los Estados Americanos, han sido la base fundamental del actual Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. Como ya se ha mencionado, las dos Declaraciones, la Universal y la Americana, que en sus inicios sólo fueron pronunciamientos sin valor obligatorio, además de servir de inspiración a convenios y tratados internacionales sobre Derechos Humanos aprobados posteriormente, han adquirido carácter jurídico vinculante, no sólo en el ámbito supranacional, como se ha reconocido expresamente por los organismos de protección, sino también

en varias Constituciones que consideran sus disposiciones como medios de interpretación de los Derechos nacionales.

En su aspecto procesal, el sistema americano se apoya en la Comisión y en la Corte Interamericanas de Derechos Humanos, y es en este punto donde destaca el ensayo «El Derecho Internacional de los derechos humanos en las constituciones latinoamericanas y en la Corte Interamericana de Derechos Humanos», ya que en él se realiza un interesante análisis del papel que juega el Derecho Internacional en las constituciones de Europa Continental, así como la evolución del Derecho Comunitario, para pasar al análisis de la situación en América Latina y su paulatino desarrollo hacia el otorgamiento de primacía a los tratados de derechos humanos respecto del Derecho interno.

Asimismo, aprovechando su experiencia como Juez y posteriormente como Presidente de la Corte Interamericana, Fix-Zamudio aborda el estudio del origen y organización de la propia Corte, de su competencia —tanto contenciosa como jurisdiccional—, continuando con un análisis de los sujetos legitimados y del procedimiento. En efecto, en primer término, se hace un detallado comentario del procedimiento consultivo, y se señala el contenido de las principales opiniones emitidas por la Corte. Posteriormente se estudia el procedimiento contencioso, y se destacan las similitudes y diferencias con el establecido para los asuntos sometidos a la Corte Internacional de Justicia y al Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Así pues se describen las posibles excepciones preliminares, las fases oral y escrita, los supuestos de terminación anticipada del proceso, las posibles medidas precautorias o cautelares, la actuación de la Comisión Interamericana como parte en el proceso, las sentencias y finalmente el cumplimiento del fallo.

En el ensayo «Las relaciones entre los tribunales nacionales y los internacionales» Fix-Zamudio, teniendo como fundamento el comentario de los informes nacionales presentados al Congreso por distinguidos juristas de Argentina, Colombia, España, Estados Unidos, Grecia, México, Reino Unido y Venezuela, afirma que «se deduce en términos generales, la importancia creciente que tienen los organismos jurisdiccionales y no jurisdiccionales supranacionales respecto del Derecho interno». En consecuencia, el autor destaca la creciente importancia del *Derecho Procesal Internacional de los Derechos Humanos*, afirmando que dentro de éste, debe considerarse incluido el estudio de los organismos supranacionales parajudiciales, como puede ser la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, funciones de instrucción de asuntos que posteriormente son susceptibles de ser presentados a la Corte de Derechos Humanos.

Para Héctor Fix-Zamudio las relaciones entre los tribunales nacionales y los supranacionales no pueden estudiarse ni entenderse cabalmente sin plantearse la cuestión de las relaciones entre el Derecho supranacional y el orden jurídico interno. En este sentido, compara las disposiciones de los Estados miembros de la Unión Europea, que reconocen la supremacía del Derecho Comunitario sobre el Derecho interno, frente a la renuencia tradicional entre los países de nuestro entorno latinoamericano a admitir esta posibilidad, en parte debido a las experiencias de intervención de las potencias y de laudos internacionales desfavorables.

De interés es también la clasificación que Fix-Zamudio establece entre *tribunales internacionales* y *tribunales transnacionales*. Los primeros serán aquellos cuyas decisiones tendrán carácter obligatorio, pero no ejecutivo, mientras los segundos tienen la posibilidad así sea teórica, de que sus fallos tengan cum-

plimiento coactivo en el ámbito interno. La clasificación enunciada nos lleva directamente al problema de la ejecución de las sentencias internacionales y transnacionales, y el autor inicia por señalar que estas sentencias han modificado las reglas tradicionales sobre ejecución de sentencias dictadas por tribunales extranjeros, pero sin que se haya llegado todavía a la creación de normas relativamente uniformes sobre la materia. Sin embargo, después de un cuidadoso análisis se llega a la conclusión de que la diferencia en las consecuencias prácticas de la ejecución de las sentencias internacionales y transnacionales es en la mayoría de los casos más aparente que real, ya que los tribunales transnacionales tampoco pueden lograr la ejecución interna de sus sentencias, que quedan a cargo de los órganos internos, entre ellos los tribunales.

El ámbito donde se percibe una mayor influencia de los tribunales supranacionales sobre los nacionales es en la creación jurisprudencial. Es en este aspecto donde se puede reconocer que los tribunales supranacionales se han nutrido de muchas doctrinas jurídicas originadas en el ámbito interno. Esto no sólo sucede cuando los tribunales internos están obligados a seguir los criterios de un tribunal supranacional, como es el caso de los Estados miembros de la Unión Europea respecto del tribunal de Luxemburgo, sino cuando los tribunales internos adoptan voluntariamente estos criterios y los aplican a sus sentencias. Es pues ésta una colaboración recíproca entre los tribunales nacionales y los internacionales.

Finalmente, no debe perderse de vista la que, en palabras del autor, es la finalidad de esta obra: despertar el interés, y no exclusivamente de los juristas, en el fundamental tema de los derechos humanos. Así pues, en última instancia la finalidad de los trabajos es contribuir en la promoción, enseñanza y tutela del ser humano, de su dignidad y sus libertades.

JUAN JOSÉ GONZÁLEZ RIVAS: *Estudio legal y jurisprudencial del Tribunal Constitucional español: 1981-2000*, Civitas, Madrid, 2001.

Por DAVID GARCÍA PAZOS *

1. Como indica su mismo título, estamos ante una obra con vocación de amplitud y exhaustividad en el tratamiento y exposición de los diversos aspectos y controversias que indefectiblemente se concitan en la dilucidación del Tribunal Constitucional español. Con una metodología marcadamente positivista, sustentada esencialmente sobre la propia *Norma normarun* y la Ley Orgánica del Tribunal, constituye un laudable trabajo científico que nos muestra y explica los puntos cardinales del régimen jurídico de aquella institución. Se nota la formación e instrucción del autor sobre la materia específica que es objeto de este libro, y, en general, respecto del Derecho constitucional. Letrado de Carrera del Tribunal Constitucional (en excedencia), y doctor en Derecho, Juan José González Rivas es Magistrado del Tribunal Supremo, Sala Tercera, de lo Contencioso-Administrativo, y, con anterioridad a éste, ha publicado otros estudios, en forma de tratados, comentarios, ponencias, o artículos doctrinales, en los que se abordan y analizan determinadas cuestiones relacionadas con la organización, funcionamiento y significado del Tribunal Constitucional en España, y su posición en el entramado institucional y orgánico diseñado por el Constituyente de 1978¹.

También es significativo el momento en que se publica esta interesante monografía, tras veinte años de actividad jurisdiccional del Tribunal, período en el que el «guardián de la Constitución» ha

tenido ocasión de pronunciarse acerca de los grandes temas que jalonan la experiencia democrática de nuestro país, y cuando arrecian opiniones y razones para acometer una esperada reforma en su configuración orgánica, que, de una parte, ponga fin a las asperezas y recelos que han caracterizado sus relaciones con el Tribunal Supremo en los últimos años, y, de otra parte, que solucione la excesiva carga de trabajo que actualmente abruma al Juez de la Constitución. Esta circunstancia no le pasa desapercibida al autor, sino que, al contrario, está presente en toda la obra, como elemento de reflexión y prospección doctrinal ante los nuevos retos que plantea la Justicia constitucional.

2. Estructurada en dos partes, solamente la primera («La Justicia constitucional en el sistema español»), contiene un verdadero desarrollo dogmático. La segunda («Anexo bibliográfico y jurisprudencia») desempeña un papel auxiliar y secundario, si bien puede resultar interesante al estudioso del Derecho constitucional, al ofrecer una selección de Sentencias del TC y la indicación de algunos comentarios doctrinales, con referencia a la correspondiente publicación, así como una variada bibliografía sobre la materia que nos ocupa.

Ahora bien, es la primera parte, compuesta de dos capítulos, con numerosos apartados, subapartados y epígrafes, la que condensa el esfuerzo sistemático, expositivo y dogmático de este estudio. Desde los precedentes históricos del

* Departamento de Derecho Constitucional. Universidad Complutense de Madrid. Abogado.

¹ En el anexo bibliográfico del libro se contiene una muestra de la prolija obra del autor.

Tribunal, hasta la difícil conexión funcional con el Tribunal Supremo, órgano superior de la Jurisdicción ordinaria, *ex* artículo 123 de la propia Constitución de 1978, se estudian y consideran casi todos los temas que guardan relación con aquél, bajo un enfoque netamente pragmático. Se echa en falta, sin embargo, el planteamiento y desarrollo de las relaciones entre el Tribunal Constitucional español y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de suma relevancia para la futura evolución conceptual de los derechos fundamentales y libertades públicas, debido a la pujante ascendencia de la doctrina del Tribunal de Estrasburgo sobre la jurisprudencia de nuestro «supremo intérprete de la Constitución», frecuentemente citada en sus resoluciones de los últimos años².

Por lo demás, se formulan adecuadamente los distintos puntos de engarce entre el TC y los demás órganos constitucionales del Estado, tanto con el Legislativo, donde el recurso de inconstitucionalidad desempeña una especial tarea de purificación del ordenamiento legal, como con el Ejecutivo, ya del Gobierno Central, ya de las Comunidades Autónomas, con los conflictos de competencias y atribuciones, como con el Judicial, singularmente por el cauce del recurso de amparo. En todos estos casos, la correa de transmisión institucional entre aquellos órganos constitucionales y el TC aparece conformada por las correspondientes legitimaciones *ad processum* y por el sistema vigente de elección y nombramiento de los Magistrados constitucionales. Asimismo, nos parecen acertadas las puntua-

les referencias de Derecho comparado, especialmente con el *Bundesverfassungsgericht* alemán y la *Corte Costituzionale* italiana, sea para indicar sus coincidencias e influencias, sea para destacar las divergencias más relevantes. Son también pertinentes y correctas las ubérrimas citas y referencias a Sentencias del Tribunal Constitucional, en muchos supuestos con transcripción literal de sus fundamentos jurídicos, a modo de explicación y refuerzo argumental de las diversas cuestiones que se analizan. Adolece, empero, de cierto abuso tautológico en el tratamiento sistemático y expositivo de ciertas ideas y opiniones, que, unido a la innecesaria y premiosa síntesis jurisprudencial de los últimos tres apartados del capítulo 2 de esta parte primera (2.16, 2.17 y 2.18), dan una impresión de *totum revolutum*.

3. Tras una breve reseña de los hitos históricos en los que se atisba la preocupación por conferir la salvaguarda de la *Lex fundamentalis* a un órgano constitucional específico, ora de naturaleza política, como el artículo 160 de la Constitución de 1812 o el artículo 47.2 del Anteproyecto de Constitución monárquica de 1929, ora de carácter jurisdiccional, en el artículo 77 del Proyecto constitucional de la I República en 1873, en el que se pergeñaba un modelo similar a la inveterada fórmula norteamericana de la *Judicial Review*, González Rivas acomete un pormenorizado análisis de las características esenciales del Tribunal de Garantías Constitucionales, en el marco de la «tentativa infructuosa»³ que supuso la

² Así, por ejemplo, la doctrina del TEDH sobre la imparcialidad judicial (entre otros, asunto *Castillo Algar*, de 28 de octubre de 1998), o en cuanto a los denominados «juicios paralelos», con incidencia en la libertad de información y en los derechos a un juicio justo y a la presunción de inocencia (entre otros, asunto *Worm*, de 29 de agosto de 1997), han dejado una impronta indeleble en la doctrina del TC español. La obra objeto de la presente recensión únicamente contiene dos meras alusiones a la vía del recurso ante el TEDH en las pp. 128 y 216.

³ Así lo considera MAURO CAPELLETI, «Rapport général», en *Le contrôle juridictionnel des lois. Légitimité, efficacité et développements récents*, dir. LOUIS FAVOREU

Constitución de 1931 de la II República.

En la regulación del Tribunal de Garantías destaca sus competencias, muy similares a las del actual Tribunal Constitucional, a excepción de las que tenían un evidente sesgo político (examen y aprobación de los poderes de los compromisarios que, conjuntamente con las Cortes, elegían al Presidente de la República), o una clásica connotación jurisdiccional ordinaria (enjuiciamiento y decisión acerca de la responsabilidad criminal del Jefe de Estado, Presidente del Consejo, Ministros, Magistrados del Tribunal Supremo y Fiscal General de la República), la procedencia de sus miembros que lo componían, y algunas peculiaridades significativas en los mecanismos procesales: explicitud de las causas de inconstitucionalidad de las leyes y disposiciones normativas con fuerza de ley, materiales y formales, con efectos *inter partes* en el primer supuesto, *erga omnes* y *ex nunc* en el segundo, la legitimación activa, incluyendo una suerte de acción popular, y la exigencia de unanimidad para denegar la admisión del recurso, en lo que se refiere al recurso de inconstitucionalidad; la subsidiariedad, al exigir la previa petición ante el *non natus* Tribunal de Urgencias, ampliación de la legitimación activa a «cualquier ciudadano o persona jurídica», *quivis ex populo*, inexistencia de postulación preceptiva por medio de Letrado, en lo que atañe al recurso de amparo, inspirado en la institución homónima del Derecho mejicano, merced a la influencia del jurista de aquel país, Rodolfo Reyes.

Como corolario de este capítulo, y a modo ilustrativo, refiere el autor la institución de la última etapa del régimen político predemocrático español que se denominó «recurso de contrafuero», de clara naturaleza schmittiana y antiliberal, regulado por una Ley de 1968, en cuya virtud se estatuyó un control de la actividad legislativa o de cualquier disposición general del Gobierno que conculcasen los principios del Movimiento Nacional o demás Leyes Fundamentales del Reino, a cargo del Jefe de Estado, y previo dictamen favorable del Consejo del Reino, así como dos proyectos legislativos propugnados en plena Transición por sendos políticos, Manuel Fraga Iribarne y Arias Navarro, respectivamente, que no llegaron a cuajar como normas aplicables. Finalmente, sería la decisiva Ley para la Reforma Política, de 15 de diciembre de 1976, la que prevé la creación de un singular órgano constitucional para el conocimiento de cuestiones electorales y estrictamente constitucionales, que pasaría a llamarse Tribunal Constitucional.

Mención aparte merece la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Cuarta, a la sazón de lo Contencioso-Administrativo, de fecha uno de abril de 1977, que viene a suponer un importante pronunciamiento sobre la incompetencia de dicho Tribunal en cuanto al control de las disposiciones legislativas, que le llevó a inhibirse sobre la regularidad y licitud de la inscripción del Partido Comunista en el Registro de Asociaciones Políticas, por efecto del Real Decreto-Ley 12/1977, de 8 de febrero, y

y JOHN-ANTHONY JOLOWICZ, 1986, pp. 286 y 302, citado por GUILLERMO GASÍO, en el Estudio Preliminar a la edición española de la obra de HANS KELSEN, *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, Tecnos, Madrid, 1995, p. XVII. Entre nosotros, el Prof. FRANCISCO FERNÁNDEZ SEGADO, en su imprescindible manual *El sistema constitucional español*, Dykinson, Madrid, 1992, p. 50, explica las razones de dicho fracaso, en gran parte debido a que los mecanismos jurídicos incorporados a la Constitución de 1931, para «dinamizar y modernizar la vida política» no cumplieron dicho cometido, sino que operaron «más como elemento centrífugo que como factor de integración, más como cauce de polarización que como núcleo vertebrador de la vida social y política». *Op. cit., loc. cit.*

que advierte la necesidad y conveniencia de establecer un órgano *ad hoc* para el conocimiento de dichas materias.

4. Promulgada la Constitución española de 1978, y superado el *hiatus* histórico que mantuvo a nuestro país en una situación de subdesarrollo político en el entorno europeo posterior a la II Guerra Mundial, se acogen las construcciones jurídico-institucionales que tanto éxito habían alcanzado en los textos constitucionales de otros países vecinos, bajo la premisa de la supremacía normativa de la *Higher Law*. Así, la Constitución de 1978 consagra la cláusula de la vinculación a ella de todos los ciudadanos y los poderes públicos y su ejecutividad inmediata (arts. 9.1 y 53.1), un orden axiomático intangible basado en la dignidad humana, los derechos inviolables que le son inherentes y el libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1), pórtico en el que se cincelan las palabras mágicas: libertad, justicia, igualdad y pluralismo político (art. 1.1), el respeto de legislador al contenido esencial de los derechos fundamentales y libertades públicas (art. 53.1), y la tutela de los mismos ante los Tribunales Ordinarios, y, en su caso, a través del recurso de amparo (art. 53.2). A su vez, se decide encomendar la tarea de custodiar y hacer observar la Constitución a un órgano especial, formado por juristas profesionales, que se designarían por los demás órganos constitucionales, cuatro por el Congreso de los Diputados, cuatro por el Senado, dos por el Gobierno de la Nación, y dos por el Consejo General del Poder Judicial, frente a los que se situaría en una posición de independencia, con potestad reglamentaria y autonomía presupuestaria, que pasaría a designarse Tribunal Constitucional. Sus notas básicas se contienen en el Título IX de la misma *Lex superior*, con un pormenorizado desarrollo

en la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre.

Ante todo, el Tribunal Constitucional es el garante máximo de la Constitución, siguiendo el modelo kelseniano del control concentrado, para lo que cuenta con las más eficaces herramientas institucionales: el recurso de inconstitucionalidad de las leyes y disposiciones con rango de ley, el recurso de amparo de derechos fundamentales y libertades públicas, los conflictos de competencias y atribuciones entre el Estado y las Comunidades Autónomas, o de éstas entre sí, o de los diversos órganos estatales, y, tras la Ley Orgánica 7/1999, de los conflictos en defensa de la autonomía local, que puedan promover los municipios y provincias frente al Estado central o las Comunidades Autónomas, así como la declaración acerca de la constitucionalidad de los Tratados internacionales que pretenda ratificar el Estado español. Además, como destaca González Rivas, el TC desempeña un rol de la máxima trascendencia en la estructura orgánica y territorial del Estado, ya que, por un lado, mantiene puntos de encuentro y conexión con los restantes poderes estatales, y, por otro lado, contribuye a definir y precisar el adecuado desarrollo autonómico, dirimiendo las oportunas controversias, según las pautas y directrices consignadas por el Constituyente. En efecto, según la brillante tesis que esboza el autor de la obra recensionada, tanto la configuración competencial del TC, como el método de proveer al nombramiento de sus miembros, como la participación de los diversos órganos y poderes del Estado en los procesos ante el Tribunal, promoviendo su actividad o compareciendo en calidad de legitimados pasivamente, provocan una fluida relación institucional enormemente beneficiosa para los cometidos del mismo⁴.

⁴ La STC 76/1983, de 5 de agosto, citada en la obra objeto del presente comentario, p. 61, expresa límpida y categóricamente cuál es la misión fundamental del

5. Para la realización de los fines y objetivos permanentes del Tribunal Constitucional, decíamos que la *Lex legum* le dotaba de competencias y mecanismos únicos y extraordinarios. La primera de ellas apunta a la depuración constitucional del ordenamiento legal, según un procedimiento de contraste puntual y exhaustivo de adecuación de una determinada norma legal y disposición normativa con fuerza de ley, pues, al igual que sucede en Italia, las normas reglamentarias quedan sometidas al enjuiciamiento y posible anulación por parte de los Jueces y Tribunales de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Es importante destacar, tal y como se hace en este estudio, que nunca podrá ser objeto de inconstitucionalidad un bloque de legalidad o una parte del ordenamiento jurídico, sino un determinado texto legal o unas concretas formulas legislativas, pues, de lo contrario, se correría el riesgo de variar de contenido la labor política que se debe desarrollar en el Parlamento. Ello no empece que la declaración de inconstitucionalidad de una específica norma o precepto legal lleve aparejado la de aquellos otros de la misma disposición legal a los que deba extenderse por conexión o consecuencia, *ex artículo 39.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*. Dicha facultad llevó a Kelsen a describir al TC, en

esta faceta, como «legislador negativo», en clara referencia al efecto anulatorio de la disposición legal que se deriva de una declaración de inconstitucionalidad⁵.

Aparte los aspectos meramente formales y procedimentales, y sin perjuicio de la novedad introducida por la Ley Orgánica 1/2000, de 7 de enero, que amplía el plazo de interposición del recurso de inconstitucionalidad a nueve meses en los casos en que se produzca un acuerdo previo entre las Administraciones públicas implicadas, y al objeto de propiciar fórmulas y cauces de solución paccionada en el seno de las Comisiones Bilaterales de Cooperación a que se refiere el artículo 5.2 de la Ley 29/1992, de 26 de noviembre, nos interesa resaltar dos temas fundamentales en esta materia, y que son tratadas hábilmente por González Rivas, a saber, de una parte, la concreción objetiva del recurso y, de otra, su finalidad, en conexión con las cuestiones de inconstitucionalidad y los conflictos de competencia. Ciertamente, el ámbito material de constitucionalidad al que sirve el recurso corresponde *prima facie* con los valores, principios y disposiciones emanados directamente de la Constitución, y propende a garantizar su supremacía en la pirámide normativa, con un efecto expurgatorio inmediato, al estilo de la *Judicial Review* norteamericana⁶. Sin

Tribunal Constitucional, «custodiar la permanente distinción entre la objetivación del poder constituyente y la actuación de los poderes constituidos, los cuales nunca podrán rebasar los límites y las competencias establecidas por aquél».

⁵ HANS KELSEN, *¿Quién debe ser el guardián de la Constitución?*, trad. JORGE J. BRIE, Tecnos, Madrid, citado, pp. 36 y 37. Razonaba de esta manera el creador de la Teoría Pura del Derecho: «[...] aquél —el TC—, aplicando la Constitución a un hecho concreto de producción legislativa y llegando a anular leyes anticonstitucionales no genera sino destruye una norma general, es decir, pone el *actus contrarius* correspondiente a la producción jurídica, o sea que [...] oficia de “legislador negativo”».

⁶ Es conocida la fórmula de la célebre Sentencia del caso *Marbury vs. Madison* de 1803, obra del *Chief Justice* John Marshall, que cierra, a modo de broche de oro, su argumentación jurídica, según la cual «[...] *the particular phraseology of the Constitution of the United States confirms the principles, supposed to be essential to all written Constitutions, that a law repugnant to the Constitution is void, and that Courts, as well as other departments, are bound by that instrument*».

embargo, en el caso español, por efecto del modelo político-territorial actual y sus consecuencias en el sistema competencial administrativo, no sólo se ha de realizar la operación exegética de contraste constitucional de las leyes y disposiciones normativas de igual rango (incluidos los Tratados internacionales y los Reglamentos del Congreso de los Diputados, el Senado, y de las respectivas Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas) con los preceptos de la «Ley Fundamental», sino también, además, con las normas que, dentro del marco constitucional, se hubieran dictado para delimitar las competencias del Estado y las diferentes Comunidades Autónomas, regular o armonizar el ejercicio de las mismas, según dispone el artículo 28.1 de la Ley Orgánica 2/1979, en lo que se ha venido a designar el «bloque de constitucionalidad», noción acogida en la jurisprudencia del TC (cfr., entre otras, SSTC 10/1982, 40/1982 y 42/1983), y que, esencialmente, estaría integrado por la Constitución y los Estatutos de Autonomía.

El otro tema al que aludíamos engarza el recurso con la cuestión de inconstitucionalidad y los conflictos de competencia, aunque de diversa manera. Mientras que, en el primer supuesto, ambos institutos procesales comparan una esencial «identidad teleológica» al tender a «la preservación de la constitucionalidad de las leyes» (STC 17/1981), con una singular relevancia fo-

rense en aquellos casos en los que el juicio de constitucionalidad se origina por la iniciativa de un particular, es decir, cuando el órgano judicial interesa la cuestión de inconstitucionalidad a instancias del afectado en una concreta disputa *ad litem* (art. 35 LOTC), que incluso puede generarse en un proceso constitucional de amparo, cuando una Sala, o el propio Pleno, en ciertos casos, son quienes plantean la cuestión (art. 55.2 LOTC)⁷, en el segundo supuesto, el punto de engarce de las relaciones de operatividad entre ambas instituciones es de signo negativo y excluyente, pues, sobre todo, se trata de clarificar la procedencia de una u otra en función de la problemática que se suscite, con especial incidencia en los casos en que una ley estatal o autonómica, por ejemplo, infrinjan una norma definidora de competencias (por lo tanto, incluida en el mentado «bloque de constitucionalidad»), pues, en lugar del conflicto competencial, lo ajustado es la interposición de un recurso de inconstitucionalidad.

6. La restringida legitimación activa en la Constitución española de 1978 y la correspondiente LOTC de 1979 para plantear el recurso de inconstitucionalidad, frente a la concepción acogida en buena parte de los sistemas americanos de Justicia Constitucional, como el mejicano, donde se admite un recurso de amparo contra las leyes, o los de Venezuela, Colombia, Panamá y El Salvador, en los que se reconoce la

⁷ Recientemente, la STC 115/2001, de 10 de mayo, Pleno, en conocimiento de un recurso de amparo, formula una «cuestión interna de inconstitucionalidad», respecto de determinados preceptos de la Ley Orgánica 4/1987, de Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar, y de la Ley Orgánica 2/1989, Procesal Militar, dando cuenta en sus Antecedentes de Hecho y en el Fundamento Jurídico 1.º de la insistencia de la parte actora (más bien su representación letrada) en que se plantease cuestión de constitucionalidad frente a los mencionados preceptos legislativos. Su petición en vía ordinaria fue rechazada por el respectivo Tribunal Militar Territorial, mas obtuvo un plausible apoyo en el mismo proceso constitucional de amparo, lo que ejemplifica a la perfección la sutil observación que se hace en la obra recensionada sobre la «intervención del ciudadano contra los actos del Poder Legislativo» (pp. 105 y ss.).

acción popular de inconstitucionalidad⁸, confiere a la cuestión judicial de constitucionalidad una dimensión garantista más trascendente de la que pudiera corresponderle estrictamente, y resalta la función que el Constituyente ha puesto en las manos de los Juzgados y Tribunales integrantes del Poder Judicial.

La Constitución española contempla esta figura en su artículo 163, donde, sin perjuicio de la minuciosa regulación formal llevada a cabo por el Legislador en los correspondientes preceptos de la Ley Orgánica 2/1979, se contienen básicamente sus rasgos definidores, exigiendo para el planteamiento de la cuestión ante el Tribunal que un «órgano judicial» (unipersonal o colegiado), con ocasión de un proceso concreto, considere que la norma con rango de ley, aplicable al caso *sub iudice*, y de cuya validez dependa el fallo que hubiere de pronunciar, pueda ser contraria a la Constitución. A diferencia de los sistemas italiano y alemán, como informa González Rivas, la configuración de la cuestión de inconstitucionalidad en la *Lex legum* española circunscribe la iniciativa a la autoridad judicial, si bien el procedimiento diseñado en la legislación orgánica flexibiliza algo esta situación, al conferir a las partes personadas en el específico asunto litigioso y al Ministerio Fiscal, en cualquier caso, audiencia para alegaciones previas a su elevación al TC.

Es significativo, además, el trámite procedimental, pues solamente se podrá plantear la cuestión una vez concluso el

respectivo proceso jurisdiccional, y dentro del plazo para dictar sentencia, siendo obligaciones del Juez o Tribunal correspondiente, además del referido traslado de dicha decisión a las partes y al Ministerio Fiscal, indicar con la mayor precisión la disposición legislativa de la que se cuestiona su constitucionalidad, el precepto de la Constitución que se estima resulta afectado por la aplicación de aquélla, y una exposición motivada de la influencia que la misma pueda tener para la decisión del singular proceso objeto de su enjuiciamiento, lo que se conoce como «juicio de relevancia». Si la cuestión es admitida a trámite por el Tribunal Constitucional, se dará traslado al Fiscal General del Estado, al Gobierno de la Nación, por conducto del Ministerio de Justicia, y, en su caso, a los órganos legislativo y ejecutivo de una Comunidad Autónoma, para el caso de que la norma cuestionada tuviere su procedencia de la correspondiente Asamblea Legislativa regional. En cualquier caso, al igual que se predica para el recurso, la cuestión de inconstitucionalidad no se puede blandir como instrumento de discusión abstracta de una Ley o norma con igual rango, lo que provocaría, sin lugar a dudas, su inmediato rechazo por el «supremo intérprete de la Constitución», ya que se trata de una técnica valiosísima para que los órganos constituidos a quienes corresponde juzgar y hacer ejecutar lo juzgado (art. 117.3 CE), diriman un conflicto puntual en el plano de la constituciona-

⁸ El Prof. HÉCTOR FIX ZAMUDIO enseña que en la gran mayoría de los ordenamientos constitucionales de Latinoamérica se acogió el sistema americano de control constitucional de las Leyes, por efecto de la amplia divulgación de la obra de ALEXIS DE TOCQUEVILLE, *La democracia en América del Norte*, y explica la raigambre histórica del amparo contra Leyes, adoptada inicialmente en Méjico, conocida como «fórmula de Otero» en honor a su creador, y de influencia en varios ordenamientos centroamericanos, como Honduras, Nicaragua y Guatemala, y la creación de la acción popular de inconstitucionalidad en Colombia y Venezuela, con posterior introducción en los sistemas constitucionales de Panamá y El Salvador, y aun en la República de Cuba. Vid. HÉCTOR FIX ZAMUDIO, «La protección procesal de las garantías individuales en América latina», en *Revista de Derecho Procesal Iberoamericano*, 1967, núm. 3, pp. 428 y ss.

lidad, así como para coadyuvar en su sagrada tarea a la complitud de los valores y principios emanados de la norma con mayor vinculación jurídica, lo que se conoce en el constitucionalismo alemán bajo la expresiva fórmula «*gesteigerte Verpflichtungskraft des Grundgesetzes*» (fuerza obligacional más intensa de la Ley Fundamental).

Finalmente, conforme al artículo 164 CE, los efectos de la declaración de inconstitucionalidad de una Ley, disposición o acto con fuerza de ley serán los de su nulidad, total o parcial desde la fecha de la publicación de la Sentencia en el Boletín Oficial del Estado, con carácter general o *erga omnes*, y, salvo en los supuestos de leyes penales o administrativo-sancionadoras, sin proyección retroactiva, *ex nunc*, por mor de la teoría de la cosa juzgada y el valor de la seguridad jurídica. Corresponde, además, al propio TC la ejecución de la Sentencia (art. 92 LOTC), para lo que contará con la colaboración de todos los Poderes públicos.

7. El estudio de González Rivas también contempla el recurso de amparo constitucional y su problemática en el ordenamiento español, en especial su articulación práctica en relación con la protección de los derechos fundamentales y libertades públicas por parte de los órganos de la jurisdicción ordinaria. Con antecedentes en la *Bonner Grundgesetz* de 1949, el amparo constitucional español se diseña bajo la nota apodíctica de la subsidiariedad, último remedio en el ámbito del Derecho interno para la tutela de los derechos expresamente contemplados en el artículo 53.2 CE. Ciertamente, y aun con mayor rigor que en el ordenamiento

alemán, el agotamiento de la vía judicial ordinaria se erige como condición inexcusable de procedibilidad del recurso de amparo ante el «Juez de la Constitución», con la única excepción de las que traigan causa de simples decisiones o actos sin valor de ley emanados de las Cortes Generales o de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas (art. 42 LOTC). Igualmente, se impone la necesaria invocación formal en el proceso, tan pronto hubiera lugar para ello, una vez conocida la violación del respectivo derecho fundamental o libertad pública, tanto cuando aquélla provenga de un acto judicial como cuando derive de una actuación administrativa, con la finalidad de posibilitar su revisión en sede judicial ordinaria.

8. Como se expone adecuadamente en esta obra, el recurso de amparo constitucional se proyecta en dos planos: de una parte, primordialmente, para la satisfacción de las expectativas privadas sobre la indemnidad de sus derechos fundamentales, y, de otra parte, para la salvaguarda del orden jurídico-constitucional objetivo («*Doppelcharakter der Grundrechte*»)⁹. Entre las modalidades previstas en la Ley Orgánica 2/1979, esto es, violaciones de derechos y libertades comprendidos en la Sección 1ª, Capítulo 2, Título I de la Constitución, así como el derecho a la igualdad consagrado en el artículo 14 y la objeción de conciencia prevista en el artículo 30.2, ambos del texto constitucional, que dimanen de disposiciones, actos jurídicos o simples vías de hecho de los órganos que integran el poder ejecutivo, del legislativo, o que tuvieran su origen inmediato y directo en un

⁹ El TC español admitió desde sus primeras resoluciones esta doble naturaleza de los derechos fundamentales. Vid. STC 25/1981, de 14 de julio, Pleno, FJ 5.º Por ello, como decía MAURO CAPELLETI, siguiendo a LECHNER, «*Mi pare insomma che nella Verfassungsbeschwerde possa veramente vedersi [...] il "coronamento dello Stato di diritto"*». MAURO CAPELLETI, *La Giurisdizione Costituzionale delle Libertà. Primo Studio sul ricorso costituzionale (con particolare riguardo agli ordinamenti tedesco, svizzero e austriaco)*, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1955, pp. 132 y 133.

acto u omisión de un órgano judicial, interesa poner especial énfasis en el último supuesto, que concita las mayores aporías y es objeto de la gran mayoría de los recursos de amparo ante el Tribunal Constitucional español. En este sentido, adquiere pleno significado la configuración subsidiaria del amparo constitucional, reforzada por la literalidad del artículo 53.2 CE, al anteponer la tutela de los derechos fundamentales por los Tribunales ordinarios a la vía procesal ante el TC, mediante el uso de la locución «en su caso», referida a esta última. Con ello se refuerza, si cabe, la excepcionalidad del recurso de amparo, que, como ha declarado insistentemente el Tribunal Constitucional español, no es una ulterior instancia jurisdiccional, sino un método de corroboración del respeto a los derechos fundamentales en el ejercicio de la actividad jurisdiccional, sin que corresponda a aquél realizar juicios de valor, apreciaciones, o intromisiones en la función exclusiva de los órganos judiciales.

9. Para formular el recurso de amparo, la Constitución exige la concurrencia de un «interés legítimo» en los particulares, personas físicas o jurídicas (art. 162.1.b)¹⁰, no al Ministerio Fiscal ni al Defensor del Pueblo, instituciones a las que se presume dicha posición, precisamente por las funciones que les fija la *Lex fundamentalis*, y que, además, a juicio de González Rivas, podrán acudir directamente al am-

paro constitucional, sin observar el requisito de la vía judicial previa. Tras la interposición del recurso, por demanda fundada en Derecho y con copia o certificación de la resolución recaída en el proceso antecedente, tiene lugar la fase de admisión, que actualmente es objeto de viva discusión en nuestro país, debido a la insostenible carga de trabajo que supone para los Magistrados del Tribunal, con inevitable repercusión sobre los procesos en curso, como ha reconocido recientemente su Presidente, don Pedro Cruz Villalón¹¹. Por ello, con independencia de las causas de inadmisibilidad (incumplimiento insubsanable de los requisitos contenidos en los artículos 41 a 46 LOTC; derechos y libertades no susceptibles de amparo; y carencia manifiesta de contenido que justifique una decisión sobre el fondo), hace referencia el autor a la existencia de comisiones de admisión en el Derecho comparado, tanto en el *writ of certiorari* estadounidense como en el Derecho alemán. En el caso en que se admita a trámite el recurso de amparo, cabe solicitar la suspensión de la ejecución del acto del poder público por razón del cual se impet্রে la protección constitucional (art. 56 LOTC), lo que, normalmente, se concederá por la correspondiente Sala del Tribunal si se siguiese para el recurrente una situación irreversible e irremediable, y que no se alteren o perjudiquen gravemente los intereses generales o los derechos

¹⁰ Aunque nuestra Constitución no prevé expresamente la titularidad de derechos fundamentales en personas jurídicas, frente a los sistemas alemán (art. 19.3 *Grundgesetz*) y portugués (art. 12.2 Constitución portuguesa de 1976), entre otros, en los que se admite la atribución de derechos fundamentales a aquéllas, en la medida de su compatibilidad y esencia. Sin embargo, se confiere legitimación procesal activa en el amparo constitucional a las personas jurídicas, a las que se reconoce, por ende, la posibilidad de oponer un interés legítimo frente a un acto público de transgresión de un derecho fundamental.

¹¹ Considérese que, según la Memoria del TC para el año 2000, llegaron durante dicho período a su Registro un total de 6.901 asuntos, de los que 6.762 consistieron en recursos de amparo (un 97,98 por 100 del total). En el mismo período se admitieron a trámite 213 demandas de amparo, y se repelieron, por diversas causas, 6.172 (96,66 por 100). Para consultar dicho documento, puede accederse a la página web del TC: www@tribunalconstitucional.es/Memoria.

fundamentales y libertades públicas de terceros.

10. Sobre los conflictos de competencia y atribuciones ante el Tribunal Constitucional, se refiere González Rivas de forma breve y esquemática, diferenciando, básicamente, los conflictos entre el Estado y las Comunidades o entre estas entre sí, que pueden ser positivos (cuando la correspondiente Administración pretenda ser la titular de una determinada competencia) y negativos (cuando la Administración rechaza o declina su competencia sobre un determinado asunto), caso en el que la intervención de los particulares se muestra especialmente importante, los conflictos para la defensa de la autonomía local, figura regulada *ex novo* por la Ley Orgánica 7/1999 de reforma de la LOTC, y los conflictos entre distintos órganos constitucionales del Estado (Congreso, Senado, Gobierno y Consejo General del Poder Judicial).

El TC también puede desempeñar un papel crucial cuando la ratificación de un Tratado internacional implique dudas constitucionales, caso en el cual, conforme al artículo 95.2 CE, cualquiera de las Cámaras (Congreso o Senado) o el Gobierno de la Nación, podrán requerir al Tribunal Constitucional para que se pronuncie, en forma de Decisión, sobre la compatibilidad de las disposiciones del Tratado con la *Fundamental Law* del Estado, pues, en caso contrario, procederá la reforma de ésta (art. 95.1 CE). Plantea González Rivas una problemática de hondo calado, cual es la jerarquía normativa de los Tratados internacionales en el ordenamiento interno español, fuente de controversias entre los internacionalistas, y que, a su entender, quedaría resuelta por el enunciado literal del artículo 96.1 CE, de modo que, si se admite que el poder constituido que autorizó el Tratado o

Instrumento internacional (Cortes Generales o Gobierno) pueda denunciarlo, siguiendo los mismos trámites que para su aprobación, nada impediría que el poder constituido que custodia la constitucionalidad de las leyes pudiera resolver y decretar su nulidad. Opción ésta que, sin carecer de cierto fundamento lógico para los casos de ratificación de un Tratado internacional sin previa Declaración del TC, parece de difícil asunción en el plano de las relaciones internacionales.

11. Por último, el apartado 2.15 de la parte primera de la obra de González Rivas dedica unas oportunas consideraciones y reflexiones al espinoso tema de las relaciones entre el Poder Judicial y el Tribunal Constitucional, y los límites del último. Cuestión ésta que, por cierto, no constituye un fenómeno aislado y característico del sistema constitucional español, sino que, en otros países se ha producido con igual o mayor fragor dialéctico, como Italia, donde se llegó a hablar de una «*Guerra delle due Corti*»¹².

La experiencia de los últimos años ha suscitado ciertos recelos y debates públicos acerca de la extralimitación del Tribunal Constitucional en el ejercicio de sus funciones de tutela de los derechos fundamentales. Desde diversas instancias, especialmente vinculadas al Poder Judicial, se reclama una amplia reforma legal que clarifique y defina el ámbito exacto de actuación del TC, así como que se refuerce el entramado institucional y orgánico de los órganos judiciales, con la creación de instancias intermedias, órganos judiciales específicos para el conocimiento del llamado «recurso de amparo judicial», y limitación del conocimiento del «Juez de la Constitución» a los asuntos que revisan mayor trascendencia constitucional en el ámbito de su organización y fun-

¹² Vid., por todos, FRANCISCO RUBIO LORENTE, «Sobre la relación entre Tribunal Constitucional y Poder Judicial en el ejercicio de la jurisdicción constitucional», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 4, enero-abril 1982, p. 53.

cionamiento. Esta es la línea de pensamiento que sigue González Rivas, y que expresa categóricamente en la obra recensionada. Varios son los argumentos que esgrime para fundamentar dicha opción: la sobrecarga actual del TC; la utilización del amparo como un recurso generalizado, muchas veces con una finalidad dilatoria; la sustracción al conocimiento del Tribunal Supremo de muchos asuntos que acceden al TC por referirse a aspectos sobre los que no se exige el recurso de casación, privándole de «elaborar una doctrina legal clara sobre todas la garantías y derechos reconocidos en el artículo 24 de la Constitución» (pág. 233); la necesidad de reconducir las relaciones entre el Tribunal Supremo y el TC a las respectivas funciones que les ha asignado el Constituyente. Por ello propone que el amparo judicial, preferente y sumario, de los derechos fundamentales, a que se refiere el artículo 53.2 CE, se incardinase en las diversas Salas del Tribunal Supremo, que conocerían de las posibles lesiones cometidas por órganos jurisdiccionales inferiores, y, en caso de que la violación procediera del mismo TS, fuera la Sala que recoge el artículo 61 de la Ley Orgánica 6/1985, del Poder Judicial, la que cumpliera este cometido (págs. 225 y 226).

Es éste un tema que, además de re-

querir un amplio y pormenorizado análisis, no está cerrado, y que en los años venideros será objeto, a buen seguro, de un tratamiento legislativo. Sólo se puede desear buen sentido y acierto en tan delicada tarea, pues en estos últimos veinte años de Justicia constitucional en España el TC ha demostrado ser una pieza insustituible en el engranaje del Estado de Derecho, y, si bien es absolutamente plausible la perspicaz observación del Prof. De Vega García, cuando afirma que el Derecho Constitucional no debe seguir operando «con los mismos esquemas del pasado»¹³, cualquier alteración del actual sistema de protección de los derechos individuales deberá realizarse con suma prudencia y, a nuestro juicio, sin menoscabar las funciones vitales del Tribunal Constitucional.

12. En fin, las múltiples cuestiones que se plantean en el libro de González Rivas, la forma de abordarlas y desgarrarlas intelectualmente, así como el altísimo interés que despierta su lectura, nos lleva a recomendarlo efusivamente a todo estudioso o apasionado del Derecho Constitucional, y, específicamente de la Justicia Constitucional, pero, eso sí, pertrechado con las necesarias dosis de atención y crítica, a fin de extraer el mayor provecho posible de tan satisfactoria experiencia.

¹³ PEDRO DE VEGA GARCÍA, «Mundialización y Derecho Constitucional: la crisis del principio democrático en el constitucionalismo actual», en *Revista Española de Estudios Políticos*, núm. 100, abril-junio 1998, p. 54. Aunque el Prof. De Vega García hace estas reflexiones ante lo que él califica como «pavoroso fenómeno de la mundialización económica» (*op. cit., loc. cit.*), nos parece perfectamente extrapolable a la pretendida transmutación de la vigente configuración organizativa y funcional del Tribunal Constitucional.

RUBÉN HERNÁNDEZ VALLE y PABLO PÉREZ TREMPs (coords.): *La justicia constitucional como elemento de consolidación de la democracia en Centroamérica*, Tirant lo blanch/Universidad Carlos III, Valencia, 2000, 236 pp.

Por JOAQUÍN BRAGE CAMAZANO *

1. El título de esta obra viene a reflejar ya la conclusión general más importante que los autores deducen del análisis de la teoría y la praxis de la justicia constitucional en Centroamérica, esto es, la de que «con independencia del acierto o no en las decisiones puntuales, la justicia constitucional está sirviendo en todos los países de Centroamérica como elemento de consolidación de los sistemas democráticos» a través de dos vías: la pacificación que proporciona de muchos conflictos políticos «no sólo en su resolución final, sino también en su *iter* previo»; y por otra parte, mediante la expansión de los principios y valores constitucionales (singularmente los derechos fundamentales) y el influjo de los órganos de justicia constitucional sobre los otros jueces y tribunales, en especial en los sistemas en los que la actuación de la justicia constitucional es subsidiaria de la de aquéllos (p. 235). Es todo ello lo que permite hablar, como reza el título de la obra, de la justicia constitucional «como elemento de consolidación de la democracia en Centroamérica».

Pero éste sería sólo uno de los rasgos o características generales que los autores deducen del análisis conjunto de estos sistemas nacionales de justicia constitucional. Junto al mismo, ponen de relieve otros cuatro: a) en todos los países existen órganos especializados de justicia constitucional, bien como instituciones independientes, bien como órganos integrados en la Corte Suprema, y es justamente a la jurisdicción de dichos órganos a la que limitan los autores el concepto de justicia constitucio-

nal a los efectos de este libro; b) la precaria separación entre «lo constitucional» y «lo legal», separación ésta que resulta en sí misma complicada, pero que es imprescindible en sistemas que no funcionan como el norteamericano, y que en estos países resulta dificultada al extremo por el deficiente control de las decisiones de los poderes públicos a través, sobre todo, del control contencioso-administrativo: «los próximos años deben ser decisivos para consolidar todo un modelo de control jurisdiccional de los poderes públicos, basado en el contencioso-administrativo y en el control de la constitucionalidad, debidamente articulados y configurados. La instauración de la jurisdicción contencioso-administrativa y su consolidación debe conducir en muchos casos a reformas legislativas que delimiten de forma más precisa la actuación de la jurisdicción constitucional»; c) la excesiva carga de trabajo de la justicia constitucional, que más bien es un rasgo de la justicia constitucional en todos los países iberoamericanos y europeos y hasta también en Norteamérica últimamente, y que, en particular en Centroamérica, según los autores de esta obra «exige, entre otras cosas, reformas procesales (especialmente en algunos países) que delimiten mejor las competencias de los órganos de justicia constitucional y que faciliten su toma de decisiones, en especial en su fase de admisión. Además, hay que mejorar los sistemas de organización del trabajo interno» y aprovechar mejor los recursos existentes; d) otro rasgo, ligado al anterior pero más específico de Cen-

* Departamento de Derecho Constitucional. Universidad Complutense de Madrid.

troamérica, es la precariedad de medios materiales, técnicos y personales propia de la Administración de Justicia en general en toda la región; e) a todo ello debe añadirse, según los autores, la necesidad de intensificar la colaboración y cooperación de los distintos órganos nacionales de la justicia constitucional entre sí y con otros órganos homólogos de otros países o la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cuya jurisprudencia, de hecho, ya fluye de unos a otros.

2. El libro se compone de cinco estudios monográficos de la justicia constitucional en Costa Rica, a cargo de Rubén Hernández Valle; El Salvador, a cargo de J.A. Tinetti; Guatemala, a cargo de J.M. García Laguardia; Honduras, por E. Orellana; y Nicaragua, por Pablo Pérez Tremps. Es palmaria la homogeneidad en la estructuración de los informes nacionales, lo que resulta altamente conveniente en toda obra colectiva de esta naturaleza, pero que no siempre se encuentra. Por ello, los aspectos básicos que aborda cada uno de los autores con relación a cada uno de los sistemas nacionales de justicia constitucional puede decirse que son los siguientes: antecedentes históricos; modelo seguido e influencias del Derecho Comparado; fuentes normativas; composición y forma de designación de los miembros; competencias; organización interna; órganos de apoyo; presupuesto; funcionamiento en la práctica del sistema y unos apéndices bibliográficos y de fuentes documentales. Este esquema general es el que se aplica a cada

uno de los sistemas nacionales. Sin duda, el aspecto más relevante es el que se refiere a las competencias y su concreto ejercicio en cada uno de estos países (Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras y Nicaragua) y sobre ello centraremos las siguientes líneas, si bien no haremos un análisis país por país, que el lector encontrará en los respectivos informes nacionales que se contienen en la obra que se recensiona, sino un análisis comparativo de las competencias en todos estos países, y que se basa, obviamente, en la consideración conjunta de cada uno de los mentados informes, complementada con alguna información adicional.

3. La competencia más emblemática de un órgano de la constitucionalidad es el control de la constitucionalidad de las leyes. Atendiendo a la conocida distinción entre los sistemas de control concentrado, control difuso y control mixto de la constitucionalidad, según que el control esté concentrado en un único órgano, esté repartido entre todos o varios tribunales o se combinen ambas posibilidades, y entre los sistemas de control *a posteriori* y de control *a priori* de la constitucionalidad, puede decirse que en los sistemas constitucionales de El Salvador, Guatemala y Nicaragua, como es característico de América Latina, rige un sistema mixto, mientras que en Costa Rica¹ y Honduras rige un control concentrado de la constitucionalidad, pero que combina un control abstracto de la constitucionalidad con un control «concreto» promovido incidentalmente al resolver un

¹ Debe precisarse, además, que en Costa Rica, la Ley Orgánica del Poder Judicial, según una reforma reciente, establece el poder-deber de los jueces de desaplicar las normas y actos que consideren inconstitucionales pero existe una importante polémica en la praxis judicial, pues mientras para un grupo numeroso de jueces el sistema vigente es un sistema de control exclusivo por la Sala Constitucional, y la citada Ley sólo confiere a los jueces la potestad de suspender el asunto de que conocen y someter tal duda de la constitucionalidad a la citada Sala, para otro grupo de jueces, incluidos también varios jueces constitucionales, la norma obliga a los jueces a desaplicar las normas que consideren inconstitucionales, interpretación esta última que, como comenta Hernández Valle, encuentra apoyo literal en la norma citada de la LOPJ, pero parece contraria a los arts. 10 y 48 de la Constitución.

litigio, bien que ejercido por la Sala Constitucional en régimen de monopolio, lo que no deja de ser un rasgo propio del control «difuso», pues el enjuiciamiento aparecerá dominado por la dialéctica del caso concreto.

La competencia para llevar a cabo este control de la constitucionalidad corresponde en exclusiva a un órgano de la constitucionalidad en Guatemala, Costa Rica y Honduras², que es un tribunal constitucional en el caso de Guatemala y una Sala constitucional en Honduras y Costa Rica, mientras que en los casos de El Salvador y Nicaragua se superpone la competencia de una Sala Constitucional (control con efectos generales) y la de los jueces y tribunales ordinarios (desaplicación *in casu*).

En lo que se refiere al objeto, debe decirse que, como su propio nombre indica, a través de este control se so-

mete a escrutinio la constitucionalidad de las «leyes», entendidas éstas en un sentido amplio que comprende también, salvo en el caso de Nicaragua³, a las reformas constitucionales (que sería en general un control formal, pero también puede ser material allí donde se establecen cláusulas de intangibilidad, como El Salvador), los reglamentos parlamentarios, los tratados internacionales o las leyes que los aprueban (el control se limita a la forma en Honduras) y las normas con rango de ley. En el caso de Costa Rica, el control se extiende, por expreso mandato del art. 73.a) de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, por un lado, a las disposiciones generales emanadas de sujetos privados, que incluirían, a título ejemplificativo, a los Estatutos de asociaciones, sindicatos, cooperativas, sociedades mercantiles o los reglamentos que emiten los concesionarios de servicios públicos; y por

² En el caso de Honduras, se ha creado recientemente una Sala de lo Constitucional, que está formada por magistrados que siguen integrando las demás salas. Ello conlleva, dice Orellano, que esté integrada por civilistas, con la importante consecuencia de que dicho Tribunal «no es una garantía para el correcto ejercicio de la Justicia Constitucional, porque todo lo resuelve a la luz del Derecho Civil», con una clara «falta de profesionalidad» para operar con normas constitucionales, a lo que se une el hecho de que los magistrados no son elegidos por su mérito personal y capacidad profesional, sino por su activismo político inmediato, y vinculación a grupos políticos y económicos poderosos, que no son desde luego los criterios adecuados para elegir a los Jueces de la Constitución.

³ La Ley 205, de 29 de noviembre de 1995, reformó la Ley de Amparo para excluir el recurso de inconstitucionalidad «contra la Constitución política y sus reformas», lo que se dirigía, como señala Pérez Tremps, a evitar que se recurriera la Ley 192 de reforma de la Constitución, cuya inimpugnabilidad fue en todo caso afirmada en la SCSJ 22 y 23/1996. A juicio de Pérez Tremps, «es cierto que, desde el punto de vista material, es difícil de justificar la posibilidad de impugnar una ley de reforma de la Constitución por cuanto forma parte de la misma, argumento éste utilizado por la SCSJ 22/1996» pero, en cambio, desde una perspectiva formal, el control sí que es necesario a fin de «asegurarse de que el procedimiento de reforma seguido ha sido el determinado por la Constitución, de manera que el poder 'constituyente constituido' se ha conformado legítimamente ya que sólo así la reforma constitucional podrá efectivamente integrarse en la Norma fundamental». Sobre ello, véase nuestra postura, más rotunda en cuanto al necesario control formal de la constitucionalidad para que las leyes de reforma no sean un medio para insertar en la Constitución un «caballo de Troya», Joaquín Brage Camazano, *La acción de inconstitucionalidad*, UNAM, México, 1998 (1.ª reimpresión, 2000), pp. 157 ss. Lo que parece que en ningún caso puede admitirse es que sea una ley ordinaria la que excluya del control a través del recurso de inconstitucionalidad a las reformas constitucionales, pues tal exclusión sólo podrá derivarse de la Constitución, no de una simple Ley, pues ello sería, sin más, una burla del texto constitucional, por ello mismo inadmisibles.

otro lado, a la inconstitucionalidad por omisión derivada de la inactividad legislativa pese a existir un mandato constitucional («legislativo», dice Hernández Valle, pero ha de ser «constitucional», sin duda) de actuar, lo que parece que se aplicaría sobre todo en los casos de lo que en la doctrina alemana se conoce como «exclusión arbitraria de derechos», esto es, en los supuestos de inconstitucionalidad «relativa» en que incurriría una ley que otorgase a determinadas personas una serie de ventajas que niega *ex silentio* a otras personas que se encuentran en la misma situación de hecho, pero también se aplica, como dice Hernández Valle, «en relación con el principio de irretroactividad de la ley, especialmente cuando una nueva normativa omite regular, por vía de disposiciones transitorias, los derechos adquiridos al amparo de la legislación anterior». Además, salvo en el caso de Costa Rica y Honduras, el control de la constitucionalidad se extiende también a normas de rango infralegal. En efecto, en el caso de El Salvador también se extiende el control a todo tipo de reglamentos y a las ordenanzas municipales, y en Guatemala y Nicaragua a todas las disposiciones generales y reglamentos, lo que no parece justificado en cuanto a la competencia de una Sala Constitucional o Corte de la Constitucionalidad pues el control de las normas de rango inferior a la ley ha de corresponder a los jueces y tribunales ordinarios, y no, salvo casos excepcionales, a un órgano de la constitucionalidad, lo que no hace

sino poner de relieve el deficiente desarrollo en estos países de la jurisdicción contencioso-administrativa y la delimitación borrosa entre ésta última y la jurisdicción constitucional.

Respecto de la legitimación, deben diferenciarse varios supuestos: a) en cuanto al control abstracto (y concentrado) de la constitucionalidad, se reconoce legitimación a «cualquier ciudadano» (Nicaragua⁴ y El Salvador, discutiéndose en los dos casos si comprende o no a los extranjeros), o bien a quien se considere lesionado en su interés directo, personal y legítimo (Honduras), o bien a ciertos órganos políticos y además «cualquier persona con el auxilio de tres abogados colegiados activos» (Guatemala); b) en cuanto al control concreto y concentrado, que sólo existe en Costa Rica, corresponde su planteamiento ante la Sala Constitucional a cualquier juez (consulta judicial de constitucionalidad) o a cualquiera de las partes en un proceso judicial o procedimiento administrativo tendente al agotamiento de la vía administrativa; c) en cuanto al control incidental difuso, corresponde a cualquiera de las partes en el proceso (Nicaragua, Guatemala, El Salvador, Honduras).

Y en lo que respecta, por último, a los efectos objetivos de la sentencia estimatoria de la inconstitucionalidad, serán *inter partes* en las hipótesis de control concreto difuso, mientras que en los supuestos de control concentrado, bien sea abstracto bien sea concreto, los efectos serán *erga omnes* o generales⁵. Naturalmente, allí donde coexiste el

⁴ En Nicaragua, la Ley exige además que la norma impugnada «perjudique directa o indirectamente» los derechos constitucionales del impugnante, pero lo cierto es que la Corte Suprema, como señala Pérez Tremps, ha hecho prevalecer la dicción del art. 187 de la Carta Magna sobre la exigencia legal de perjuicio directo o indirecto ya que el art. 187 CN exige exclusivamente «la calidad de ciudadano, norma que prima sobre cualquier otra, pues lo que se pretende con este medio de control constitucional es el mantenimiento de la supremacía constitucional y no solamente la protección de los derechos constitucionales individuales».

⁵ No obstante, señala Orellana en el informe sobre Honduras que en este país en la práctica la Corte Suprema limita los efectos de la sentencia al caso concreto, pues su ejecución queda limitada al caso concreto que dio lugar a su planteamiento, por lo

control difuso y el concentrado surge el problema de su coordinación, que aparece más o menos bien resuelto en Nicaragua, pero no en El Salvador⁶. En lo que respecta a los efectos en el tiempo de las sentencias a través del control concentrado abstracto, se consagra la regla de la eficacia *ex nunc*, al menos como regla general, en todos los países aquí considerados, salvo en Costa Rica, donde, aunque nada dice Hernández Valle al respecto, la eficacia es retroactiva (*ex tunc*) con excepción de los derechos adquiridos de buena fe o respecto de situaciones consolidadas por prescripción, caducidad o en virtud de una sentencia judicial, si bien, según señala Hernández Valle, en la praxis, una vez impugnada una ley, y aun sin autorizarlo así la Ley de la Jurisdicción Constitucional, los funcionarios se niegan de hecho a aplicarla, lo que da lugar a un caos normativo e institucional cuando se trata de leyes de importancia nacional, dada la tardanza de la Sala Constitucional en resolver al respecto.

4. En cuanto a los mecanismos procesales de protección de los derechos fundamentales, existen en todos los países considerados tanto el recurso de amparo como el hábeas corpus. Éste último, también conocido como recurso de exhibición personal, se dirige, con mayor o menor amplitud en cada país,

a proteger frente a las privaciones o restricciones ilegítimas, sean efectivas o consumadas o sean inminentes (Costa Rica y El Salvador y Guatemala: hábeas corpus «preventivo» como protección frente a simples amenazas), de la libertad personal mediante su revisión por la autoridad judicial, pero que en El Salvador y Costa Rica y Honduras se extiende además a la protección de la dignidad y de la integridad física, psíquica o moral de las personas detenidas frente a un «trato indebido», así como a la «modalidad» de la detención (hábeas corpus «correctivo»). La competencia para resolver corresponde a la Sala Constitucional, en única instancia, en Costa Rica, mientras que en los restantes países es una competencia compartida por los diversos tribunales ordinarios que, por razón de la materia y el territorio, sean legalmente competentes. La legitimación activa corresponde a cualquier persona, incluido el afectado, en Guatemala, Honduras y El Salvador, así como al Procurador para la Defensa de los Derechos Humanos en El Salvador; y la legitimación pasiva se refiere tanto a las autoridades públicas como a particulares salvo en Guatemala, donde sólo procede frente a las autoridades. El procedimiento aparece presidido por un claro principio antiformalista y de urgencia, salvo en el caso

que es indiferente que un agraviado utilice esa vía o el amparo, pues en cualquiera de los dos casos los efectos se limitarán al caso concreto en que se encuentre.

⁶ En El Salvador, la inaplicación por los jueces ordinarios no produce efectos más que en el caso concreto y no vincula ni a los tribunales inferiores ni tampoco siquiera al propio juez que inaplica para casos futuros y la Sala de lo Constitucional no tiene noticia oficial de los casos de inaplicación. Esto, dice Albino Tinetti, da lugar a una descoordinación y falta de armonía que pugna con la seguridad jurídica y el principio de igualdad. En el caso de Nicaragua, en cambio, el recurso de casación constituye una vía para que la Corte Suprema revise la inaplicación de las leyes por los jueces ordinarios, siempre que alguna de las partes legitimadas interponga el recurso; y, para cuando no exista posibilidad de interponer un recurso de casación pero se haya inaplicado una norma con fuerza de ley, se articula también un mecanismo procesal de revisión por la Corte Suprema, pues el juez o tribunal que no aplicó la ley debe remitir la sentencia a la Corte para que ésta la revise en ese punto y la decisión de la Corte Suprema, si aprecia la inconstitucionalidad, tendrá ya efectos generales. Por ello, concluye Pérez Tremps, «el control incidental de la ley se ve posteriormente filtrado por la Corte Suprema, exista o no recurso ante ella.

de El Salvador, donde la regulación es excesivamente formalista y rebosante de fórmulas pretéritas.

El amparo, por su parte, se dirige a la protección de cualquier privación de, o restricción a, los demás derechos constitucionales no protegidos por el hábeas corpus e incluso se extiende a las amenazas a tales derechos en El Salvador, Guatemala o Costa Rica. Su objeto son, ante todo, los actos administrativos o de los poderes públicos *lato sensu*. En el caso de Costa Rica y Nicaragua, no obstante, el amparo no procede frente a las resoluciones judiciales, aunque en Costa Rica sí que es posible interponer un amparo frente a las acciones u omisiones de sujetos de Derecho Privado en dos supuestos: a) cuando actúen o deban actuar en ejercicio de funciones o potestades públicas; o b) se encuentren, de Derecho o de hecho, en una posición de poder frente a la cual los remedios jurisdiccionales comunes resulten claramente insuficientes o tardíos para garantizar los derechos o libertades fundamentales tutelados por el amparo «contra servidores públicos».

Y los derechos protegidos son todos los derechos garantizados en la Constitución, no obstante lo cual García Laguardia señala que el amparo en Centroamérica no ha degenerado en un proceso de macrocefalia o elephantiasis y en concreto no ha ocurrido tal cosa en Guatemala⁷ y también Albino afirma que en El Salvador las invasiones del ámbito de la legalidad a través del amparo y el hábeas corpus «no se han podido erradicar». En Nicaragua, sin embargo, como Pérez Tremps destaca, y algo análogo se dice en el informe nacional sobre Costa Rica, ante la amplitud tanto del objeto de protección (todos los derechos constitucionales)

como de la formulación de los preceptos constitucionales, en «la práctica (...) no existe discusión procesal sobre si un determinado derecho está o no protegido en amparo, quedando prácticamente cualquier situación subjetiva bajo dicha protección siempre que se cumplan las exigencias procesales para interponer el recurso», por lo que muchos amparos sólo muy mediatamente se refieren a verdaderos derechos constitucionales y muchas veces no es sino un recurso indirecto para hacer valer el principio constitucional de legalidad. El procedimiento, por otra parte, aparece igualmente presidido por la celeridad y antiformalismo y la competencia corresponde a los tribunales que la ley determina, y sólo en el caso de Costa Rica existe una competencia concentrada en la Sala Constitucional, sin que sea preciso siquiera agotar la vía administrativa, incluso cuando se trata de actos de ínfima importancia.

Digamos, por último, que en Costa Rica y Nicaragua, la Sala Constitucional tiene también competencia para resolver los conflictos entre órganos constitucionales por relación a las competencias que la Constitución les atribuye, que son estudiadas en las respectivas ponencias nacionales.

5. Otros aspectos examinados en el libro son la organización interna y el funcionamiento real de la justicia constitucional en cada país y así en el informe nacional de cada país se ponen de relieve las deficiencias más graves, normativas o de otro tipo, en la operatividad y eficiencia del sistema de tutela de la supremacía normativa de la Constitución y de los derechos constitucionales, así como las posibles vías de solución.

⁷ Véase, no obstante, MARIO AGUIRRE GODOY, «Proceso constitucional de amparo en Guatemala», en el colectivo *Derecho Procesal Constitucional*, Porrúa, México, 2001, pp. 890-891.

6. El examen de toda esta problemática en concreto en cada uno de los países es realizado por los autores de la obra en sus respectivos informes nacionales, en los que nos hemos basado para llevar a cabo la precedente exposición global sistemática, necesariamente general, de la justicia constitucional en algunos países centroamericanos. El libro es, por tanto, una importante fuente actualizada para conocer cómo está regulada, y cómo funciona en realidad, la jurisdicción constitucional en cada uno de estos países, pues todos los autores son profundos conocedores de los respectivos sistemas de justicia constitucional, y además cada una de las exposiciones nacionales tiene

un útil apéndice documental y bibliográfico que ayudará, sin duda, a quién tenga interés por estudiar cualquiera de ellos en particular o, como aquí se ha hecho, todos ellos desde una perspectiva conjunta. Es loable, por lo demás, que en España comiencen a publicarse más libros sobre distintos aspectos constitucionales de los países iberoamericanos, lo que sin duda resulta facilitado por el creciente interés que la materia despierta entre nosotros y por el impacto del cada vez más importante número de juristas latinoamericanos que vienen a cursar estudios de Doctorado, y en particular de Derecho Constitucional, en las universidades españolas.

CÉSAR LANDA ARROYO: *Tribunal Constitucional y Estado Democrático*, Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial, 1.ª ed., Lima, 1999, 620 pp.

Por JOSÉ F. PALOMINO MANCHEGO *

César Landa (1958) realizó sus estudios universitarios en la Pontificia Universidad Católica del Perú (1975-1980). Obtuvo el Bachillerato en Derecho con la tesis «Las normas regionales y el ordenamiento jurídico nacional», bajo la asesoría del Dr. Alberto Bustamente Belaúnde, obteniendo la mención de sobresaliente y recomendación de publicación (1984). Asimismo obtuvo el Título de Abogado (1984).

Su actividad pre-profesional la realizó en el Estudio de Abogados Javier de Belaúnde L. de R. (1978-1980), culminando sus prácticas en el Congreso de la República (1980). En 1981 inicia su vida laboral como técnico y luego director de la Dirección de Análisis de la Estructura del Estado en el Instituto Nacional de Planificación (IPN 1981-1984). En 1984 obtiene una Beca del Instituto de Coope-

ración Iberoamericana para realizar estudios superiores en Administración pública equivalente a Magister y luego el Doctorado en Derecho en la Universidad de Alcalá de Henares de España (1984-1987), con la tesis «La oposición política en América Latina», obteniendo el Diploma de Estudios Superiores en Administración Pública (1985) —revalidado en la Pontificia Universidad Católica del Perú por el grado de Maestría en Derecho— y graduándose de Doctor en Derecho con la mención máxima de *apto cum laude* (1987).

El libro que pasamos a comentar es fruto de la investigación postdoctoral llevada a efecto por el profesor peruano César Landa Arroyo durante su estancia en el Instituto de Estudios Europeos Comparados de la Universidad de Bayreuth, entre los años 1997 y 1998.

* Profesor de Derecho Constitucional. Universidad Nacional Mayor de San Marcos de Lima. Secretario Ejecutivo de la Sección Peruana del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional.

Su contenido, en esencia, desarrolla el rol del Tribunal Constitucional como uno de los presupuestos fundamentales del Estado Democrático de Derecho. Y se parte de esta premisa central para luego intentar aplicarla en referencia directa al sistema constitucional peruano, donde como es bien sabido, el proceso de maduración de la jurisdicción constitucional, particularmente la que responde al modelo concentrado, aún no termina de consolidarse.

De un Tribunal de Garantías Constitucionales (1982-1992) cuyas restringidas funciones no le permitieron operar con la soltura y madurez esperada, a un Tribunal Constitucional (1996 hasta la actualidad) cuyas responsabilidades, ciertamente mucho más amplias que su antecesor, han sido sin embargo opacadas en alguna medida, por influencias no precisamente jurídicas, hemos obtenido un resultado cuantitativo y cualitativo que, aunque siendo notorio en algunos aspectos, no ha sido del todo alentador en muchos otros, por lo que a estas alturas del nuevo milenio, nos advierte todavía, sobre la vigente necesidad de desplegar un esfuerzo bastante mayor, si es que en efecto se quiere fortalecer el Estado constitucional por vía de la comentada institución.

César Landa es un firme creyente en la justicia constitucional como instrumento de consolidación democrática, en el entendido de que aquélla opera bajo ciertos caracteres. No es, a su juicio, el Tribunal Constitucional un órgano cuyo funcionamiento deba darse dentro de supuestos y esquemas de rancio positivismo o de neopositivismo renovado, sino un ente decididamente comprometido con la moral democrática y los valores constitucionales. De ser lo primero, correría el riesgo de transformarse en un instrumento para mantener el *statu quo*. Si es, en cambio, lo segundo, contribuiría inobjetablemente a la consolidación y desarrollo del sistema constitucional.

Nuestro reseñado autor nos advierte sin embargo respecto de la gran responsabilidad que compete a los Magistrados que integran un Tribunal Constitucional. En el ejercicio de su función no se trata de politizar la justicia sino de juridificar la política controlando el poder o, lo que es lo mismo, evitando sus excesos. El gran reto pasa en todo caso por mantenerlo dentro de sus cauces jurisdiccionales haciendo prevalecer su carácter de poder constituido o de órgano sometido a la Constitución, antes que cualquier deformación hacia lo que representa un poder constituyente. Sus magistrados, nos dice, son servidores antes que señores de la Constitución y razón no le falta, porque en efecto, quien crea que, por detentar dicho cargo, puede hacer decisionismo puro, simplemente está condenando al Tribunal a una segura como inevitable deslegitimación. Al revés de ello, quien haga de sus decisiones fuente de interpretación estricta, al margen de lo conservadora o progresista que pueda ser la misma, estará contribuyendo a consolidar la operatividad funcional de dicho organismo y con ella la del propio sistema generado por la Constitución.

El contenido mismo del texto se encuentra estructurado sobre la base de tres secciones con contenido propio «Evaluación de la jurisdicción constitucional», «Desafíos y posibilidades de la jurisdicción constitucional», y «Tribunal Constitucional y división de poderes».

En la primera de las referidas secciones se parte de un análisis histórico comparativo en torno de los modelos de jurisdicción constitucional. Se efectúa un breve pero acertado seguimiento de su evolución y expansión hasta su incorporación al constitucionalismo peruano, incidiéndose como es obvio y dada la naturaleza y alcances del trabajo, en la recepción del llamado modelo concentrado.

Bajo dicho marco, se pasa revista detallada del papel en su momento desempeñado por el extinto Tribunal de

Garantías Constitucionales, de algunos de los principales criterios y orientaciones que dejó sentados a través de su jurisprudencia y de su posición tanto de organismo constitucional como de órgano judicial. En este extremo, si bien el autor efectúa una valoración crítica por los resultados obtenidos, al mismo tiempo explica las razones que coadyuvaron a que el rol del citado Tribunal no haya sido en términos generales del todo efectivo.

Posteriormente y adentrándose al análisis del modelo de jurisdicción constitucional creado con la vigente Constitución de 1993, se abordan con algún detalle los diversos instrumentos de defensa procesal hoy existentes. La acción de inconstitucionalidad, el hábeas corpus, la acción de amparo, el hábeas data, la acción de cumplimiento, la acción popular y los conflictos constitucionales son tratados en sus grandes rasgos y asimismo son puestos sobre el tapete algunos de los problemas más gravitantes que suelen producirse al interior de cada uno de estos procesos.

El Tribunal Constitucional es definitivamente el tema capital y como tal es evaluado en el rol que hasta la fecha ha venido cumpliendo. Desde su entrada en funciones hasta los problemas internos y externos que tuvo que afrontar y que a la postre han influido decisivamente en las limitaciones que lo aquejan, son abordados por el autor dentro de una perspectiva bastante crítica. En dicho marco, ocupa un papel especial el tratamiento que se dispensa al debatido caso de la Ley de interpretación auténtica, que, como bien se sabe, terminó por convalidar una nueva reelección presidencial y frente a la cual tuvo el Tribunal, o en rigor, algunos de sus Magistrados, un comportamiento bastante *sui generis*. En función de la normatividad que lo regula y el contexto que le rodea, establece el autor los límites de las responsabilidades del Tri-

bunal así como las perspectivas que puede ofrecer. Se trata entonces de un balance personal, bastante interesante, aun cuando naturalmente sujeto a un análisis global susceptible de ensayarse con mayor amplitud el día que culmine su periodo constitucional.

La segunda parte del libro nos muestra ya en concreto la propuesta del autor respecto de su concepción sobre el Tribunal Constitucional. Para hacerlo se adentra antes que nada en un examen bastante prolijo respecto de la crisis del positivismo constitucional en sus diversas opciones, y a la asunción de la teoría constitucional institucionalista que el mismo César Landa hace suya con miras a justificar los contornos teóricos que fundamentan los derechos fundamentales y las múltiples variantes de interpretación constitucional.

El fortalecimiento del Tribunal Constitucional como órganos al servicio del Estado Democrático de Derecho, pasa según nos lo esboza, por una revisión en el sistema de actual de selección y nombramiento de magistrados constitucionales habida cuenta de los problemas que ya se vislumbraron años atrás y con motivo de la designación de sus actuales integrantes, donde, como es bien conocido, no faltó más de una controversia motivada a raíz de los interesantes políticos en pugna. Rubro igualmente importante de considerar tiene que ver con la estructura operacional del propio Tribunal y respecto de la cual se postula la existencia de una magistratura suplente y una fisonomía del pleno distinta a la que hoy existe así como de salas especiales a su interior. No menos importante, por último, es la tesis que se nos proyecta en relación al sistema de votación y a la inmunidad de los votos y opiniones a emitirse en ejercicio de la función jurisdiccional, aspecto este último que tantos problemas ocasionó sobre todo en el periodo inicial de su funcionamiento.

La tercera y última parte del libro nos presenta al Tribunal Constitucional e incluso a su antecesor, el Tribunal de Garantías Constitucionales, enmarcados dentro del esquema de distribución de poder diseñado por las normas fundamentales que en distintos momentos los reconocieron y regularon. En este extremo y al hilo de la jurisprudencia emitida por dichos organismos, se pasa recuento de las relaciones de los mismos con otros órganos del Estado. En referencia con el Poder Ejecutivo, se nos explica la concepción del control sobre los decretos legislativos y los decretos de urgencia. Respecto del Poder Legislativo nos encontramos con una bien lograda exposición en torno de la concepción fiscalizadora de la ley y los contornos que la rodean así como de la originaria y en alguna forma controvertida problemática de las cuestiones políticas no justiciables. Por último y en relación con el Poder Judicial, se nos grafica la llamada crisis judicialista y lo que se ha dado en llamar la guerra de las cortes y que en síntesis no hace sino reflejarnos que las relaciones del Tribunal Constitucional con el Poder Judicial son hoy por hoy nada pacíficas, mereciendo en consecuencia un tratamiento distinto.

Remata este último sector de la obra un análisis pormenorizado de la llamada

jurisdicción supranacional. En un mundo eminentemente globalizado, donde tantas como decisivas influencias tienen los instrumentos y organismos internacionales sobre el Derecho interno, es casi de necesidad el delinear los contornos y relaciones entre éste y el Derecho internacional. Landa destaca este último aspecto a partir de la operatividad del sistema interamericano de derechos humanos, ciertamente propugnando algunas reformas, pero insistiendo en la necesidad de robustecerlo en dirección a la tutela de los derechos reconocidos por los ordenamientos internos y subrayados por los tratados internacionales.

En suma, se trata, pues, de un magnífico texto, fruto de las reflexiones de quien conoce en todos sus ribetes el tema examinado. Naturalmente, se puede discrepar de algunas de las consideraciones o, en su caso, perspectivas a las que arriba el autor pero en modo alguno dudar de la capacidad argumental y la convicción decisiva con la que son defendidas. El lenguaje utilizado no peca de dogmatismo ni de excesos hiperbólicos y la bibliografía en la que se apoya, además de variada, resulta bastante actualizada para un tema de tanta trascendencia y significación en la consolidación y desarrollo del Estado Constitucional de Derecho.

GIANCARLO ROLLA (a cura di): *Tecniche di garanzia dei diritti fondamentali*, Centro de Ricerca e Formazione sul Diritto Costituzionale Comparato, Università degli Studi di Siena, Siena, 2000.

Por RAFAEL RUBIO *

El texto, fruto de la labor de investigación, que en los últimos años viene desarrollando el Centro de investigación y formación de Derecho Constitucional Comparado de la Universidad de Siena, es una selección de las aporta-

ciones de diversos autores en los congresos sobre «las nuevas fronteras de los derechos fundamentales» (Pontignano, abril, 2000), «Algunos problemas sobre el concepto y el carácter de los derechos fundamentales» (Madrid, ma-

* Profesor Colaborador. Departamento de Derecho Constitucional. Universidad Complutense de Madrid.

yo, 2000) y «Las garantías de los derechos fundamentales» (Siena, noviembre, 2000).

El coordinador destaca en el prólogo tres puntos fundamentales: el significado que se debe otorgar a las cláusulas constitucionales de apertura y de garantía; lo oportuno de introducir en los textos constitucionales un amplio y detallado catálogo de derechos; y por último la relevancia que han adquirido las formas de protección no jurisdiccional de los derechos fundamentales.

Los diversos escritos abordan el tema, de tremenda actualidad, con profundidad y consiguen, en su diversidad, dar una visión general que recorre desde los orígenes históricos de los derechos fundamentales a las recientes discusiones para la aprobación de la Carta Europea de los derechos humanos, que todavía colean.

Giancarlo Rolla repasa en su artículo los orígenes filosóficos de los derechos fundamentales, exponiendo los roces que produciría un planteamiento personal de los derechos fundamentales en el Estado Social y la necesidad de progresiva adaptación de estos textos. En este marco, hoy más que nunca, las garantías adquieren una relevancia tal que llegan a determinar, no solo el cumplimiento sino incluso el contenido de los derechos fundamentales. El concepto que entiende los derechos como principios básicos, inspiradores del ordenamiento resulta insuficiente, ineficaz; hoy es preciso garantizar la eficacia de su ejercicio, algo que sólo se puede asegurar a través de su especificación que exigirá desarrollo legal, actuación institucional y protección jurisdiccional. Los valores del Estado liberal de los

que surge el primer desarrollo de los derechos fundamentales están sufriendo un proceso de revisión; el concepto de persona-ciudadano se ve sustituido por un mosaico de derechos «el hombre y la mujer son considerados en su calidad de personas históricamente determinadas, insertas en la sociedad, personas concretas consideradas en su existencia histórica y material, portadores de infinidad de necesidades y expectativas»¹; los grupos sociales pasan de ser obstáculo a ser facilitadores del ejercicio de los derechos; la libertad como capacidad de actuación por una libertad responsable; la igualdad formal como punto de partida frente a la ley por una igualdad sustancial, entendida como objetivo².

La universalización de los derechos fundamentales ha provocado que los derechos fundamentales sean cada vez más derechos humanos, como pertenecientes a todos, y el *Status civitatis* como principio que aseguraba la titularidad de los derechos se vaya difuminando, reducido cada vez más al ámbito de los llamados derechos políticos.

Según lo que hemos visto los derechos sociales o de tercera generación se convierten en el punto clave de la discusión sobre los derechos humanos. De su concreción por parte de los legisladores y la administración pública dependerá su existencia efectiva. De ahí la tendencia, común a todas las constituciones recientes, a elaborar grandes enumeraciones de derechos fundamentales en un intento de agotar la dignidad del hombre algo que no tiene por qué garantizar la eficacia de estos derechos, que dependerá de otros factores como la formulación del precepto

¹ El autor cita como referencias a esta concepción de la persona: N. OCCHIOCUPO, *Liberazione e promozione umana nella Costituzione*, Milano, 1984; G. B. FERRI, «Persona umana e formazioni sociali», in *Diritti fondamentali dell'uomo*, Milano, 1977.

² Sobre este punto: B. CARAVITA, *Oltre l'eguaglianza formale*, Padova, 1984; M. AINIS, «Azioni positive e principio di eguaglianza», in *Giur. cost.*, 1992; A. PIZZORUSSO, *Oltre l'eguaglianza*, Torino, 1983; A. GIORGIS, *La costituzionalizzazioni dei diritti all'uguaglianza sostanziale*, Napoli, 1999.

constitucional; la naturaleza de los instrumentos de tutela y las posibilidades de interpretación.

Es en este último punto, y en concreto en las cláusulas de apertura a las Declaraciones Internacionales y en la cláusula general que remite al valor de la persona y a su libre desarrollo, donde se centra el autor como puntos clave para garantizar la eficacia de los derechos fundamentales.

Alessandro Pace, por su lado, se centra también en este punto de la interpretación constitucional, defendiendo este como el elemento esencial para la eficacia de los derechos fundamentales, dado el gran número de normas existentes sobre la materia. Pace asume con Norberto Bobbio el método positivista, como única vía de afrontar el estudio de los derechos³. Un estudio que debe remitirse a la historia, a la antropología, a la sociología, al derecho comparado e incluso a la costumbre pero conservando siempre el respeto del texto como referencia, según los principios interpretativos adelantados por el mismo Savigny en 1840 (interpretación gramatical, lógica, histórica y sistemática).

Juan José Solozabal, en su «revisión a la teoría de los derechos fundamentales», afronta algunos de los problemas de la materia desde una perspectiva que se centra en la libertad de la persona, sus relaciones sociales, su capacidad de participación... elementos que configuran su status jurídico y resultan imprescindibles para el funcionamiento efectivo de la democracia. Los derechos fundamentales, como proyección jurídica de la dignidad de la persona y condición de su desarrollo, tienen que suponer el pilar básico sobre el que se levante cualquier tipo de ordenamiento democrático. El papel que los derechos ocupen en la constitución, a la luz de los procedimientos de reforma, resulta-

rán clave a la hora de establecer estos pilares.

Después, y siempre desde la perspectiva de la dimensión material de los derechos, el autor se pregunta por el sentido de la reserva de ley, en especial el que establece la Constitución española de 1978; según el autor esta crea una distinción entre los derechos humanos, que tienen una existencia preconstitucional y los derechos fundamentales establecidos por el constituyente, en cuyo desarrollo deberá participar el legislador.

Manuel Aragón se enfrenta al problema de la «tutela directa de los derechos fundamentales», en especial a la tutela judicial que en España realiza, sobre todo, el Tribunal Constitucional a través del recurso de amparo. Tras presentar de manera breve los instrumentos de tutela judicial, a través del amparo judicial basado en los principios de preferencia y sumariedad, el autor echa en falta la falta de desarrollo legislativo. Analiza los actos que pueden ser objeto del recurso, en particular los actos judiciales, y concluye con una exposición de la situación de la tutela en España.

Ruben Hernández Valle se refiere a las Garantías no jurisdiccionales de los derechos fundamentales en Costa Rica para lo que parte de la restricción en el ejercicio de determinados Derechos Fundamentales que en ocasiones puede ser socialmente necesaria.

Las garantías de los derechos fundamentales deberán sustentarse en primer lugar sobre su reconocimiento a través de la reserva de ley, el respeto al contenido esencial y la racionalidad de la ley y siempre deberán respetar dos principios fundamentales «pro homine» y «pro libertatis».

Pizzorusso se centra en la Carta de Derechos de la Unión, partiendo de los modelos de integración del Derecho

³ NORBERTO BOBBIO, *Il positivismo giuridico* (1961), Torino, 1996, pp. 245 ss.

Internacional en el ordenamiento interno, contempla la relación entre el Derecho Comunitario y los distintos ordenamientos nacionales, y el principio de recepción automática, para terminar planteando cuál debiera ser el lugar de la Carta de Derechos Fundamentales en el marco institucional de la unión, y el papel que junto a la futura Constitución Europea debe desempeñar en la construcción de Europa.

Por último Balaguer, se referirá a la

técnica de reconocimiento de derechos en Europa. Para este fin será fundamental la colaboración entre el legislador y la jurisprudencia, convertida en mecanismo ordinario de producción jurídica, como principal correctora de la ley. Hoy en día, sólo los Tribunales Constitucionales de los distintos Estados pueden desarrollar esta función, algo que la Corte Europea aún no puede conseguir debido a la falta de instrumentos coercitivos.

DIEGO VALADÉS: *Constitución y Democracia*, Unam, México, 2000.

Por RAFAEL RUBIO *

La situación en la que se encuentra la sociedad mexicana desde la reforma electoral de 1977, inmersa en un proceso de transición, en el que se suceden acontecimientos históricos, «un nuevo proceso de cambios institucionales cuyo ritmo se hace cada vez más rápido, y que apuntan en el sentido de consolidar un sistema político basado en la democracia constitucional», hace que podamos hablar de unos años de trascendental importancia para el futuro de la democracia mexicana y por extensión, para todos los países iberoamericanos, para los que la situación de México ha supuesto un referente a lo largo de este siglo.

En una fase de reconstrucción democrática en la que se deben ir afianzando los pilares del edificio democrático, la reflexión Constitucional se convertirá en el mirador desde el que dirigir las obras y en esta visión la guía experimentada de Diego Valadés se convierte en una referencia.

Por eso la presente reflexión sobre la Constitución y sus relaciones con el poder resulta de oportunidad, relevan-

cia y de la transcendencia práctica que caracteriza los grandes planteamientos teóricos, que son aquellos que tienden los puentes entre la teoría y la práctica, el ideal y la realidad.

El presente libro es una recopilación de artículos publicados por el autor en distintos foros en los últimos años, y como toda recopilación presenta repeticiones de diversos asuntos. Son quizás estas repeticiones las que nos dan señal de los puntos básicos que no cabe olvidar, desde el punto de vista del Derecho Constitucional, los puntos que es necesario afrontar para realizar una reforma real de la vida política y social con efectos democráticos duraderos.

El primer punto clave, previo a toda discusión sobre el contenido de la reforma, sería la necesidad o no de elaborar un nuevo texto constitucional. Este debate sobre la renovación constitucional, es un debate constante en la doctrina mexicana durante los últimos años y Valadés, sumergido de lleno en la discusión, se muestra categórico en la conveniencia de partir del texto original, el histórico texto de Querétaro de

* Profesor Colaborador. Departamento de Derecho Constitucional. Universidad Complutense de Madrid.

1917. Sus argumentos parten de las diferencias entre cambio evolutivo y cambio revolucionario, con ideas clásicas, que beben de la historia y hoy se nos presentan de tremenda actualidad en unos momentos en los que la revolución se plantea como única posición posible frente a asuntos tan importantes como la globalización. Basta quizás apuntar la configuración de la constancia como elemento imprescindible para el cambio, una constancia que implica gradualidad, y que más allá del mayor impacto en el menor tiempo, «exige el ejercicio de la libertad y la conciencia de la libertad, por un lado; la conquista de metas y su consolidación, por otro». El objetivo fundamental que debe buscar la transición mexicana es la adhesión constitucional, como elemento garante de la cohesión social, y será sobre la base constitucional sobre la que se levante el edificio de la reforma política; el cambio político debe venir ineludiblemente acompañado del cambio constitucional.

A la hora de afrontar el estudio del papel que debe desempeñar la Constitución en la reforma política el autor parte de una serie de cuestionamientos previos: «que la Constitución no se aplica; que ha sido excesivamente reformada; que contiene elementos de autoritarismo; que no corresponde a las exigencias actuales; que incluye instituciones contradictorias». Ante estas carencias sólo caben dos opciones reformar la Constitución o sustituirla por otra. En el momento actual el cambio constitucional en México se veía dificultado por dos razones, una teórica y otra práctica. La teórica reside en la imposibilidad jurídica de convocar a un Constituyente con fundamento en la Constitución en vigor, ya que el autor sostiene con De Vega que «el poder de reforma es un poder constituido y limi-

tado»¹, y la Constitución de Queretaro no permite esta posibilidad. La razón práctica se centra en los riesgos que supone afrontar una fase de inestabilidad como suele ser el periodo constituyente cuando, además, el proceso de reforma política, que llevará a una inevitable reforma constitucional, está alcanzando objetivos a buen ritmo sin causar grandes alteraciones en la vida política. Centrando la atención en los últimos procesos constituyentes que han concluido con éxito: Portugal, Suráfrica... y en especial la transición española, a la que el autor toma como referente principal, se observa como la elaboración de nuevas constituciones viene justificada por la ausencia previa de Constitución. Partiendo de la dificultad de asentar un sistema de estas características, que se levanta sobre la inestable base del consenso, nada tiene de particular que el autor se manifieste, en sucesivas ocasiones, claro partidario de la reforma profunda, pero en todo caso reforma, del texto existente.

Será a los puntos básicos de esa reforma a los que dedicará, con indudable talento y con gran maestría, su atención desde distintas perspectivas. Una reforma que sin olvidar las crisis a las que se ve sometido el Estado moderno, en todo caso no puede olvidar que se hace necesario establecer un auténtico Estado Social, que rechace la falsa identificación entre democracia y Economía de Mercado, basado en, con palabras del autor, un pacto social que sea el origen de la «democracia de contenido, de compromiso», que haga frente a los problemas principales con los que hoy se enfrenta el constitucionalismo mundial: la crisis de la soberanía, la relevancia de los intereses supranacionales, la crisis del Estado de Bienestar, la necesidad de control de los flujos fi-

¹ PEDRO DE VEGA GARCÍA, *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, Tecnos, Madrid, 1985, p. 66.

nancieros internacionales...; una reforma que incorpore nuevos derechos que han ido apareciendo en los últimos años, los derechos de las mujeres, los jóvenes, los ancianos o las minorías...

Para la consecución de estos irrenunciabiles objetivos el autor no desconoce los cambios obligados en el aparato institucional del Estado lo que le conduce a:

— Una nueva vertebración del sistema presidencial, reduciendo el mandato a cuatro años, eliminando el procedimiento de doble vuelta, y manteniendo la prohibición de reelección.

La creación de un Gabinete Presidencial, órgano de relación entre el Presidente y el Congreso, como forma de atenuar la discrecionalidad del Presidente.

— La necesidad de reelección de los diputados durante tres mandatos, que analiza históricamente, tanto en su prohibición en el año 33, como en el vano intento de restauración en el año 65 (al que dedica un artículo centrado en la figura de Adolfo Christlieb); y la ampliación de su mandato a cuatro años.

En esta línea de refuerzo del sistema representativo nos parece una media tremendamente acertada, y por lo general olvidada por nuestros ordenamientos, el reforzamiento de lo que el autor denomina el «servicio Civil Congresual», un cuerpo que resulta fundamental para hacer posible la labor legislativa de los congresistas y que evita o mitiga la acción de órganos ajenos al Congreso como los lobies o los grupos de presión, y del que, por lo general, se hace un uso escasísimo en los Parlamentos Iberoamericanos.

El autor apunta otras medidas que van en la misma línea: alargar las sesiones del congreso hasta los nueve meses, establecer una serie de medidas que hagan efectivo el control del Congreso sobre el Presidente: la comparencia obligatoria de los miembros del

Gabinete, la agilización de la creación de las Comisiones de investigación y la ampliación de sus facultades para conocer todas las áreas de gobierno y para citar a particulares; la renovación automática de los presupuestos del año anterior hasta la aprobación de los presupuestos del año siguiente; y, por último, establecer la necesidad de que los Tratados Internacionales sean ratificados por ambas Cámaras.

— La democracia interna de los partidos políticos y la reforma del Servicio Público, que garantice la neutralidad de la administración, y destierre el clientelismo y la arraigada costumbre mexicana de intercambiar servicios políticos por puestos en la administración, y los subsiguientes cambios en bloque, consecuencia de los distintos cambios de gobierno, son otros de los puntos necesitados de revisión.

— Otras instituciones como el Defensor del Pueblo o el Tribunal Constitucional también reclaman su atención, comparando el desarrollo de la figura en México con la situación en otros países de su entorno.

— Por último, en el campo de los derechos fundamentales el autor realiza un estudio en profundidad de la situación de una serie de derechos de tercera generación en los países de iberoamérica y España (Habeas Data, Medio ambiente, salud, derechos de los jóvenes, de la tercera edad...) proponiendo su adopción en la legislación mexicana.

No son estas reflexiones notas oportunistas, dictadas al albur de los tiempos para subirse al carro de la reforma constitucional. Sorprende como la experiencia acumulada sobre la que descansa cada reflexión, no precisa acudir a la torpe casuística, sino que sobrevolando la cuestión coyuntural se centra en los asuntos de fondo, afrontando cada materia con un fuerte respaldo jurídico y doctrinal, en el que se muestra un dominio perfecto del constituciona-

lismo iberoamericano y una familiaridad con los textos claves del constitucionalismo mexicano y mundial e incluso los más recientes planteamientos politológicos. El resultado es el de que el lector se encuentra con un conjunto de

trabajos de gran interés, que aportan a la discusión actual del Derecho constitucional el conocimiento y la inteligencia de uno de las mayores y más penetrantes juristas del mundo latinoamericano.

DOCUMENTACIÓN

