Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano
Edición 2003

ANUARIO DE DERECHO CONSTITUCIONAL LATINOAMERICANO

Edición 2003

Konrad Adenauer Stiftung

© 2003 KONRAD - ADENAUER - STIFTUNG A.C.

9ª edición

Editor
Konrad-Adenauer-Stiftung
Asociación Civil
Plaza de Cagancha 1356, Oficina 804
11100 Montevideo, Uruguay
Tel.: (#598-2) 902-0943 / 902-3974
Fax: (#598-2) 908-6781
E-mail: rspkas@adinet.com.uy
www.kas.de

KONRAD-ADENAUER-STIFTUNG E. V.
Rathausallee 12
D-53757 Sankt Augustin bei Bonn
República Federal de Alemania
Tel.: (#49-2241) 246-0
Fax: (#49-2241) 246-508

Director
Jan Woischnik

Asistentes de Redacción
Rosario Navarro
Manfred Steffen

Correctora
María Cristina Dutto

ISSN 1510-4974

Impreso en Mastergraf
Gral. Pagola 1727 - Tel. 203 47 60*
11800 Montevideo, Uruguay

Depósito legal 326.687/02 - Comisión del Papel
Edición amparada al Decreto 218/96

Impreso en Uruguay – *Printed in Uruguay*

Los textos que se publican son de la exclusiva responsabilidad de sus autores y no expresan necesariamente el pensamiento de los editores. Se autoriza la reproducción total o parcial del contenido citando la fuente.

Índice

Prefacio 9

I. Derecho Constitucional

El Estado constitucional: sinonimia positivizada entre Constitución y democracia (triple relación)
Salvador O. Nava Gomar (México) 13

La protección de la Constitución frente a las omisiones legislativas
Jesús M. Casal H. (Venezuela) 33

Limitaciones para la ley en la regulación de los derechos humanos en el Derecho europeo, con espencial referencia al Derecho alemán
Rainer Grote (Alemania) 83

La tarea de control de constitucionalidad de los tratados y convenios internacionales por la jurisdicción constitucional. Un análisis en clave de Derecho Comparado
Víctor Bazán (Argentina) 109

¿Superación del pasado a través del Derecho Penal? Sobre el proceso de reforma penal y constitucional en el Perú
Dino Carlos Caro Coria (Perú) 163

A Teoria Constitucional no limiar do século XXI: mudança política e crise de racionalidade
Cecilia Caballero Lois (Brasil) 197

II. Derecho Procesal Constitucional

El amparo constitucional contra sentencias judiciales con autoridad de cosa juzgada. Una perspectiva del tema en Bolivia
José Antonio Rivera S. (Bolivia) 211

Hacia un Derecho Procesal Constitucional local
en México
Eduardo Ferrer Mac-Gregor (México) 229

Derecho Procesal Internacional: el Departamento de Cooperación
Internacional de la Suprema Corte de Justicia
de Mendoza (República Argentina) como factor movilizador
de la asistencia judicial internacional. Actualización
Roberto Stocco (Argentina) 247

O controle de constitucionalidade jurisdicional nos países
do Mercosul e a amplitude democrática do acesso
à justiça constitucional.
Análise comparativa no âmbito do direito processual constitucional
Gisela Maria Bester Benitez (Brasil) 255

III. Derechos y garantías individuales

Los derechos fundamentales como contenido
esencial del Estado de Derecho
Willman Ruperto Durán Ribera (Bolivia) 283

Un derecho humano esencial: el acceso a la justicia
Jorge A. Marabotto Lugaro (Uruguay) 291

Derecho de la información y el respeto
a las garantías del debido proceso
Miguel Julio Rodríguez Villafañe (Argentina) 303

Divagaciones sobre el Defensor del Pueblo Andaluz
Agustín Ruiz Robledo (España) 321

IV. La organización del Estado

El bicameralismo en América Latina
Mariana Llanos (Alemania) 347

El federalismo en México: principios generales
y distribución de competencias
Miguel Carbonell (México) 379

Estado y municipio en el Perú
Domingo García Belaunde (Perú) 397

El orden jurídico nacional a la luz de la Constitución
Política de los Estados Unidos Mexicanos
Guillermo I. Ortiz Mayagoitia (México) 417

V. Derecho de Integración

Derecho Constitucional y procesos de integración
(con especial referencia al Mercosur)
Milton H. Cairoli Martínez (Uruguay) 451

Globalización, integración y Derecho Constitucional
Lautaro Ríos Álvarez (Chile) 467

La internacionalización del Derecho Penal: el ejemplo del Mercosur
Alejandro E. Álvarez (Francia) 485

La Corte Centroamericana de Justicia como tribunal constitucional
de la Comunidad Centroamericana
Jorge Antonio Giammattei Avilés (Nicaragua) 507

Derecho Constitucional y procesos de integración.
La integración en los estados federales del Mercosur.
El caso argentino y brasileño
Jorge Lavopa (Argentina) 523

Prefacio

Desde hace más de diez años el Programa Estado de Derecho para Latinoamérica de la Fundación Konrad Adenauer está abocado a promover el desarrollo del Estado de Derecho en la región y a dar impulsos positivos en favor de su consolidación. En este contexto el Derecho Constitucional es uno de los temas prioritarios del programa. Se pretende aumentar la conciencia sobre la importancia central del Derecho Constitucional, incrementar su eficacia y apoyar dentro de las posibilidades las reformas razonables que se presenten.

Con la novena edición del *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, publicación que se difunde como siempre en todo el continente, se provoca un cambio en el ritmo de su aparición. El *Anuario*, que no ha de entenderse como una mirada retrospectiva a lo acontecido en el año sino más bien como un texto que debe acompañar al lector durante su transcurso, aparecerá a partir de ahora al comienzo de cada nuevo año.

De un total de 23 contribuciones, 19 corresponden a autores latinoamericanos de Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, México, Nicaragua, Perú, Uruguay y Venezuela, y a 4 autores europeos de Alemania, España y Francia.

El volumen comienza con la sección "Derecho Constitucional". Aquí se encuentran numerosos aportes más bien de naturaleza dogmática sobre temas como la protección de la Constitución frente a las omisiones legislativas, el control de constitucionalidad de los tratados y convenios internacionales por la jurisdicción constitucional, la sinonimia positivizada entre Constitución y Democracia y la teoría constitucional a principios del nuevo siglo. Un artículo alemán se ocupa de las limitaciones para la ley en la regulación de los derechos humanos, un área en la que la jurisprudencia alemana dispone de un sofisticado sistema dogmático. Desde Perú se informa sobre el proceso de reforma en curso.

En "Derecho Procesal Constitucional" se brindan al lector contribuciones sobre amparo constitucional contra sentencias judiciales con autoridad de cosa juzgada en Bolivia, sobre el desarrollo de un Derecho Procesal Constitucional local en México, así como sobre el control de constitucionalidad jurisdiccional y el acceso a la justicia en el ámbito del Derecho Procesal Constitucional en los países del Mercosur. Asimismo se encuentra un informe sobre la labor del Departamento de Cooperación Internacional de la Suprema Corte de Justicia de Mendoza.

La siguiente área aborda el tema “Derechos y garantías individuales”. Junto con ensayos sobre el derecho al acceso a la justicia y el Derecho de la información como derecho humano esencial se encuentra un aporte sobre los derechos fundamentales como contenido esencial del Estado de Derecho. En vista de la creciente difusión de la institución del ombudsman en Latinoamérica, he agregado un artículo de España que examina el Defensor del Pueblo andaluz desde la perspectiva del Derecho Constitucional.

El cuarto capítulo se titula “La organización del Estado”. Además de un estudio del bicameralismo en América Latina, el lector encontrará exposiciones sobre la distribución de las competencias estatales en Perú y México.

En el rubro “Derecho de Integración” varios artículos se dedican luego a cuestiones relacionadas con la integración, que abarcan tanto al Mercosur como a la Comunidad Centroamericana.

Espero que a través de la selección de estos artículos hayamos podido realizar un aporte importante al debate comparativo del Derecho Constitucional en América Latina y que ellos resulten del interés de nuestros lectores. A los autores les expreso mi sincero agradecimiento por su invalorable cooperación. Estaré agradecido por las observaciones, positivas o negativas, que respecto de esta publicación puedan realizar.

Dr. Jan Woischnik
Director del Programa
Estado de Derecho para Sudamérica

I. Derecho Constitucional

- *Salvador O. Nava Gomar (México)*
  El Estado constitucional: sinonimia positivizada entre Constitución y democracia (triple relación)

- *Jesús M. Casal H. (Venezuela)*
  La protección de la Constitución frente a las omisiones legislativas

- *Rainer Grote (Alemania)*
  Limitaciones para la ley en la regulación de los derechos humanos en el Derecho europeo, con especial referencia al Derecho alemán

- *Víctor Bazán (Argentina)*
  La tarea de control de constitucionalidad de los tratados y convenios internacionales por la jurisdicción constitucional. Un análisis en clave de Derecho Comparado

- *Dino Carlos Caro Coria (Perú)*
  ¿Superación del pasado a través del Derecho Penal? Sobre el proceso de reforma penal y constitucional en el Perú

- *Cecilia Caballero Lois (Brasil)*
  A Teoria Constitucional no limiar do século XXI: mudança política e crise de racionalidade

Salvador O. Nava Gomar (México) *

El Estado constitucional: sinonimia positivizada entre Constitución y democracia (triple relación)

Una gran revolución democrática se palpa entre nosotros. Todos la ven; pero no todos la juzgan de la misma manera. Unos la consideran como una cosa nueva y, tomándola por un accidente, creen poder detenerla todavía; mientras otros la juzgan indestructible, porque les parece el hecho más continuo, el más antiguo y el más permanente que se conoce en la historia.

ALEXIS DE TOCQUEVILLE

I. Introducción: ¿por qué siempre Constitución y democracia?

Parece no agotarse el afán de enmarcar la relación que guardan Constitución y democracia. A pesar de espléndidas reflexiones y de extraordinarios planteamientos,[1] la cuestión vuelve a presentarse, pues se potencia con ellos la necesidad de volver a reflexionar y repasar lo ya dicho. La razón es sencilla y grave a la vez: "desde hace 25

---

* Titular y Coordinador de Extensión del Programa de Derecho Constitucional y Gobierno de la Universidad Anáhuac del Sur (México, DF). Doctor en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid.

[1] Pueden verse los trabajos de M. Aragón, *Constitución y democracia*, Tecnos, Madrid, 1989; C. S. Nino, *La Constitución de la democracia deliberativa*, Gedisa, Barcelona, 1997; E. W. Böckenförde, *Estudios sobre el Estado de Derecho y la Democracia*, Tecnos, Madrid, 2000; H. P. Schneider, *Democracia y Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991; E. Díaz, *Estado de Derecho*

siglos la democracia es un anhelo de las sociedades civilizadas; sin embargo, las recaídas autoritarias, frecuentes y muy duraderas, han convertido a la democracia en una esperanza perenne y en una realidad efímera".[2] La solución puede encontrarse en la dinámica constitucional, ya que la conceptualización de algo en movimiento jamás será definitiva. He ahí la permanente tarea de la ciencia jurídica: poner la norma al corriente de los nuevos sucesos.

La democracia implica la constante posibilidad de modificar cualquier cosa, y esa opción se hace jurídicamente viable en el texto constitucional. Por ello la Constitución debe ser democrática, debe permitir y asegurar la democracia y, además, debe estar sujeta a los designios democráticos. El Estado constitucional será entonces, en palabras de Manuel Aragón,[3] "el intento de juridificar la democracia y la Constitución, la forma en que esa pretensión se verifica". Con palabras más simples, la democracia propiamente dicha se caracteriza por el hecho de que el pueblo es el autor de la Constitución.[4] Así, el constitucionalismo y la democracia se combinan para formar un sistema de gobierno conocido con el nombre de *democracia constitucional*.[5]

Todo lo demás emana de esa relación: el resto del ordenamiento jurídico depende de ello. La legitimidad [6] alcanza el mismo grado que la legalidad y la concreción de las normas debe ser, al final, simplemente un fragmento de democracia: una proyección de la voluntad popular, reflejo individualizado de la autodeterminación; constatación de soberanía. Generalmente no sucede así, cuando menos en países[7] que, como los nuestros, no se han consolidado democráticamente,[8] pues desde el punto de vista de la vigencia de ordenamientos políticamente democráticos y socialmente justos, América Latina sigue siendo el continente del desencanto y la frustración.[9] Además,

---

y sociedad democrática, Taurus, Madrid, 1998; E. Garzón Valdés, "Constitución y Democracia en América Latina", en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Fundación Konrad Adenauer-CIEDLA, Buenos Aires, 2000; y D. Valadés, *Constitución y democracia*, UNAM, México, 2000.

[2] Valadés, op. cit., p. XI.

[3] "La Democracia Constitucional", en *La experiencia constitucional (1978-2000)*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000. p. 27.

[4] R. Carré de Malberg, *Teoría general del Estado*, FCE-UNAM, México, 1998, p. 1181.

[5] Nino, op. cit., p. 13.

[6] "La legitimidad es, pues, el resultado directo de la toma de conciencia de la dimensión terrenal de la existencia, del entendimiento del Poder en términos humanos, de lo que Croce definiera como autonomización de la política". E. García, *El Estado constitucional ante su "momento maquiavélico"*, Civitas, Madrid, 2000, p.44.

[7] Para el estudio sistemático y específico de distintas experiencias democráticas, Cf. A. Lijphart, *Modelos de democracia. Formas de gobierno y resultados en treinta y seis países*, Ariel, Barcelona, 1999; y *Las democracias contemporáneas*, Ariel, Barcelona, 1987.

[8] Acerca del constitucionalismo mexicano como mero instrumento retórico para la legitimación del régimen político, es obligada la lectura de José Ramón Cossío Díaz, *Dogmática constitucional y régimen autoritario*, Fontamara, México, 1998; y en el mismo sentido y del mismo autor, *Cambio social y cambio jurídico*, Porrúa-ITAM, México, 2000.

[9] Garzón Valdés, op. cit., p. 55.

existe un dilema perenne que reside en la oposición entre la semántica del constitucionalismo y la de la democracia, y que brota, de acuerdo con Gianluigi Palombella,[10] en el hecho de que la voluntad popular de los ciudadanos enfrenta normas constitucionales difícilmente modificables o incluso intangibles, dictadas en el tiempo de unos hombres que ya desaparecieron. Éstas son buenas razones por las que, constantemente y con un ahínco incansable, se aborda el tema que tratamos de nueva cuenta.

Es en ese afán cuando en ocasiones se nos confunde, pues el Derecho Constitucional no siempre tiene que ver con la *teoría de la Constitución democrática*, pues "las entidades políticas siempre han tenido y tienen una Constitución en cuanto estructura de poder característica y como mínimo de normas jurídicas referentes a esa estructura";[11] y se llega también al absurdo de tratar como dos cosas distintas las cualidades imprescindibles de la Carta del Estado contemporáneo: la *Constitución en su carácter de Pacto* y la *Constitución como Norma*.[12]

En América Latina hace falta mayor profundidad en el estudio sobre el *Estado constitucional*, la Constitución normativa y la relación que ambos guardan: correspondencia que podríamos reducir —como se hizo en el siglo XIX con el Imperio de la Ley— al *Imperio de la Democracia.*

Bien apunta Nino[13] que el matrimonio entre democracia y Constitución no es sencillo, pues sobrevienen tensiones cuando la expansión de la primera conduce a un debilitamiento de la segunda o, por el contrario, el fortalecimiento del ideal constitucional se convierte en un freno para el proceso democrático. Un país regido por el Imperio —y la eficacia— de la Democracia es lo que conocemos como *Estado constitucional*.[14]

La democracia no sirve si no es positivizada y si no es precomprendida;[15] por ello, resulta imprescindible que para que un Estado sea constitucional —o plenamen-

---

[10] *Constitución y soberanía. El sentido de la democracia constitucional*, Comares, Granada, 2000, p. 4.

[11] H. Heller, *Teoría del Estado*, FCE, México, 1995, p. 289.

[12] "La Constitución es normativa en todos sus extremos, todos sus preceptos son normas jurídicas y […] toma como punto de partida el principio democrático como base del ordenamiento constitucional. Ese principio obliga a reducir al mínimo el contenido vinculante de la Constitución en aquello que no sea necesario para el aseguramiento de la democracia misma" (I. de Otto, *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*, Ariel, Barcelona, 1995, p. 47).

[13] Nino, op. cit., pp. 13 y 14.

[14] De acuerdo con Ramón Cotarelo, "al margen de las concepciones teóricas acerca del origen del Estado, esta forma política ha conocido una evolución desde el siglo XVI que permite hablar de cuatro formas de Estado: a) el Estado absolutista, b) el Estado liberal, c) el Estado democrático, y d) el Estado social y democrático de Derecho" ("Teoría del Estado", en E. Díaz y A. Ruiz Miguel, *Filosofía política II. Teoría del Estado*, Trotta, Madrid, 1996, p. 18). A este último identificamos como *Estado constitucional*.

[15] "Lo que es verdaderamente fundamental, por el hecho de serlo, nunca puede ser puesto, sino que debe siempre ser presupuesto" (G. Zagrebelsky, *El Derecho dúctil. Ley, derechos y justicia*, Trotta, Madrid, 1995, p. 9.

te democrático, si se quiere— y funcione, su organización emane de la voluntad del pueblo. Con otras palabras, que su proceso constituyente sea absolutamente democrático; además, el resultado de la autodeterminación jurídico-política de la nación se erige como núcleo de toda su organización: la idea, el valor y el significado de ese documento —Constitución— como intento de juridificación de la democracia, se impondrán al resto del ordenamiento jurídico y a su actuación. Por último, la puesta en marcha de esos valores y principios que informan al aparato jurídico en su conjunto depende de una serie de instituciones jurídico-políticas (generalmente procedimentales) insertas en la misma Ley Fundamental, encargadas de imponer sobre todas las cosas esa voluntad democrática, esa encarnación constitucional. Ésta es la triple relación que guardan Constitución y democracia.

Esbozaremos por tanto una *teoría de la Constitución para el Estado democrático* —con los avances que ello supone— y daremos algunas pinceladas para contrastar la falta de democracia en algunos ordenamientos de la América Latina, con el único fin, claro está, de contribuir desde la trinchera académica para lograrla.

II. Primera relación: el momento constituyente

Para poder hablar del Estado constitucional es menester contar con una Constitución —absolutamente, sin matiz alguno— democrática.[16] Cuando esto se logra, Constitución y democracia vienen a ser la misma cosa: se establecen como sinónimos. Para lograrlo hay que satisfacer tres condiciones: que la Constitución provenga de un constituyente democrático y legítimo; que la Constitución formal contenga los principios y valores de la Constitución material (autorreferencia constitucional) y, por último, que el texto constitucional incluya las instituciones y dinámicas necesarias para salvaguardar tanto la intención constituyente como la autorreferencia ya positivizada; es decir, la idea y el desarrollo de la propia Constitución y de la democracia.

Sobre la primera condicionante, el momento constituyente, es menester que el documento de gobierno sea la expresión de la voluntad de un pueblo que se sabe soberano[17] y que, por ello mismo, se entiende como el único sujeto legitimado para decidir cómo quiere ser gobernado.[18] Este concepto tan manoseado de soberanía —y

---

[16] Esta afirmación podría partir de la ambigüedad conceptual del término *democracia.* Apuntamos entonces tres formas distintas para concebirla: en primer lugar, la democracia, en la antigüedad, fue entendida como una forma de gobierno; posteriormente, a finales del siglo XVIII y principios del XIX, pasó a entenderse como un movimiento político; hoy, la democracia es entendida como un valor absoluto de la organización humana (estatal). Sobre las primeras dos concepciones de la democracia véase J. Fernández Santillán, *Filosofía política de la democracia,* Fontamara, México, 1997, p. 79.

[17] "El principio de la soberanía se encuentra siempre en el fondo de todas las instituciones humanas" (A. de Tocqueville, *La democracia en América,* FCE, México, 2000, p. 74). Hay que tener en cuenta que Tocqueville tuvo la virtud de registrar el nacimiento de la *democracia liberal*. Cf. G. Sartori, *Teoría de la democracia,* Alianza, Madrid, 1988, p. 452.

al margen de su propia etimología— consiste simplemente en la capacidad de un pueblo para autodeterminarse, pues ello implica que nada está por encima de sus designios, y por mucho que los constitucionalistas se empeñen en montar una *Teoría de la Constitución y de la interpretación constitucional constitucionalmente adecuada* (Gomas Canotilho), les resultaría imposible si no lo hacen asumiendo los valores de la realidad histórica preexistente —expresados a través de la voluntad del Poder Constituyente—, y es únicamente así como adquiere la idea de Constitución la plenitud de su sentido.[19]

A pesar de la organización interna de cada uno de los estados democráticos del orbe, se parte en todos de un lugar común: el interés general.[20] De este modo, el Estado constitucional presupone y antepone ese interés colectivo de la ciudadanía a su propia organización. Ello implica que ningún Estado puede ser democrático si su organización no tiene como origen el ejercicio de autodeterminación y si no se actúa la soberanía en el momento en que se establecen las instituciones que guiarán el devenir estatal. Por ello afirma con razón Heller[21] que las pretensiones realmente extraordinarias del Estado no se justifican por el hecho de que éste asegure "cualquier" ordenación social-territorial, sino, tan solo, en cuanto aspire a una ordenación justa; y ello acarreará, en términos positivistas, lo que bien adelantó Tocqueville:[22] "si la ley está bien hecha, pero su objeto es malo, será peligrosa en proporción a su misma eficacia"; de ahí que la transformación democrática del Estado liberal afecte decisivamente a la propia Constitución.[23]

La doctrina del Poder Constituyente, en tanto fundamento de la teoría de la Constitución, tiene una función doble:

> En primer lugar, con ella se deja en claro que los poderes que la Constitución regula están subordinados a ella y constituidos por ella, función ésta en la que la teoría recoge el principio de supremacía de la Constitución. En segundo lugar, la teoría es una explicación acerca del origen de la Constitución misma, no acerca de su origen fáctico, sino de su fundamento, acerca de la virtud de la Constitución. La Constitución es válida porque procede de quien tiene el poder de darla, y es válida incondicionalmente porque

---

[18] J. Ruipérez, *La Constitución europea y la teoría del poder constituyente*, Rógar Derecho, Biblioteca Nueva, Madrid, 2000, p. 104.

[19] P. de Vega, "Mundialización y Derecho Constitucional: la crisis del principio democrático en el constitucionalismo actual", en *Revista de Estudios Políticos*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, nº 100, abril-junio, 1998, p.37.

[20] El sentido y finalidad, el *telos* de la Constitución, en palabras de Carl Schmitt, "es en primera línea, no la potencia y brillo del Estado, no la *glorie*, según la división de Montesquieu […], sino la *liberté*, protección de los ciudadanos contra el abuso del poder político" (*Teoría de la Constitución*, Alianza, Madrid, 1982, p. 138).

[21] Heller, op. cit., pp. 235 y 236.

[22] Op. cit., p.241.

[23] Martínez Sospedra, M., *Estado y Constitución*, Fundación Universitaria San Pablo CEU, Valencia, 1994, p. 173.

> ese poder no tiene limitación alguna ya que, en cuanto poder originario, no está sometido a normas. La teoría del poder constituyente despliega todos sus efectos en aquellos casos en los que la Constitución surge tras una ruptura con el ordenamiento constitucional precedente. La doctrina del poder constituyente es, por tanto, la formulación en términos de dogmática constitucional del principio de legitimación democrática, del mismo modo que lo es el dogma de la soberanía popular, de la cual el poder constituyente es la expresión máxima. En lo que la teoría tiene de negación, esto es, en cuanto que excluye que la Constitución esté a disposición de los poderes, la doctrina no plantea problema alguno, pues tal efecto excluyente se desprende también en la propia noción de Constitución como norma.[24]

Veamos en qué consiste el fundamento —desde la óptica democrática constitucional— del Poder Constituyente como legitimador del Derecho y de la política; del Estado en su conjunto.

No puede concebirse la actividad política[25] sin el Estado, pues no tendría motivo para existir y por tanto sería una sinrazón. El Estado[26] a su vez nace como producto de una actividad política; entonces, tenemos por una parte que la política responde a la existencia del Estado, lo que presupone la existencia previa de éste, y, por la otra, que la actividad política hace nacer al Estado, lo que presupone también la existencia previa de la política.[27] ¿Qué es primero, el Estado o la política? ¿El huevo o la gallina? Innumerables discusiones teóricas y algunas en el terreno de lo práctico no han terminado de agotar el tema, pues "el Estado se muestra como algo político, pero a su vez lo político se muestra como algo estatal, y éste es un círculo vicioso que obviamente no puede satisfacer a nadie".[28] Lo cierto es que bajo la vertiente de dos premisas podemos concebir un proceso y un sistema que nos den la respuesta. El proceso une consecuentemente nuestras dos premisas, la política y el Estado, mientras que el sistema es un lugar común que no sólo las reúne, sino que también las regula, las jerarquiza y las legitima. Evidentemente, las dos premisas de las que hablamos requieren de

---

[24] Otto, op. cit., p. 53.

[25] Si bien la conceptualización de *lo político* no es objeto del presente estudio, sí hacemos de lado la connotación negativa que en Occidente, "la tradición que arranca con Maquiavelo y llega a Carl Schmitt concibe a la política como el arte de la división y la lógica de la enemistad". Al respecto cf. P. Sánchez León, "La ciudadanía que hemos perdido. El *Zóon Politikón* en perspectiva histórica", en M. Pérez Ledesma (comp.), *Ciudadanía y democracia*, Pablo Iglesias, Madrid, 2000, p. 47.

[26] "La nota esencial de un Estado es la existencia de un poder de éste. Este poder no puede derivarse de otro ninguno, sino que tiene que proceder de sí mismo y según su propio derecho. Allí donde haya una comunidad con un poder originario y medios coercitivos para dominar sobre sus miembros y su territorio, conforme a un orden que le es propio, allí existe un Estado" (G. Jellinek, *Teoría general del Estado*, Comares, Granada, 2000, p. 482.

[27] Carl Schmitt apunta: "El concepto del Estado supone el de lo político. De acuerdo con el uso actual del término, el Estado es el *status* político de un pueblo organizado en el interior de unas fronteras territoriales" (*El concepto de lo político*, Alianza, Madrid, 1999, p. 49).

[28] Ibídem, pp. 49 y ss. El propio Schmitt se pregunta más adelante: "¿Quién podría entender una tesis formulada tan en abstracto?".

la democracia, como proceso creador y legitimador del Estado y de la actividad política que lo desarrollará, y del Derecho, sistema que hace las veces de recipiente; mandato imperativo de la actuación de ambos y confirmación positiva de la legitimidad que da su origen.

Una vez establecidos los antecedentes fundamentales de la democracia y de su única expresión legítima, el Derecho, podemos estudiar desde otro ángulo a la política y el Estado, sin introducirnos en el círculo vicioso que pretende desentrañar el origen del huevo y la gallina; además, desde el presupuesto de la existencia del Derecho y de la democracia, podemos, contra toda lógica, estudiar también al propio Derecho y la propia democracia.

La existencia de una comunidad presupone ineludiblemente un ordenamiento jurídico —aun sistematizado primitivamente—, pues las características que derivan del estudio del individuo como tal, y en cuanto éste es miembro de un grupo social, así lo demuestran; de ahí que apunte Schmitt que la ecuación *estatal = político* se vuelve incorrecta e induce al error en la precisa medida en que Estado y sociedad se interpretan recíprocamente; en la medida en que todas las instancias que antes eran estatales se vuelven sociales y, a la inversa, todas las que antes eran "meramente" sociales se vuelven estatales, cosa que se produce con carácter de necesidad en una comunidad organizada democráticamente.[29] Kelsen no difiere y apunta con sencillez que el "Estado es una *ordenación* de la conducta humana".[30] Surge entonces la búsqueda de una vía para que el conjunto de individuos pueda manifestarse en comunión, partiendo del reconocimiento de que cada uno es libre[31] para hacer cuanto quiera, siempre y cuando no afecte a ningún otro. Este derecho de hacer lo que se quiera es inalienable e irrenunciable y dio lugar al origen del constitucionalismo como lo conocemos hoy en día, pues tanto las declaraciones de derechos como el establecimiento de la separación de poderes se reducen a la defensa irrestricta de la libertad, de ahí que implique "una incomprensión radical y peligrosa del Estado de Derecho Constitucional el considerar a la división de poderes y a los derechos fundamentales como dos instituciones independientes una de otra".[32] Estas prerrogativas o derechos de cada uno de los individuos de una comunidad se traducen en términos colectivos por el concepto de *soberanía*. Apunta Hans Peter Schneider[33] al respecto:

> Los derechos fundamentales, al ser la síntesis de libertad personal e igualdad, pasan a ser una finalidad en sí mismos al servicio de la autodeterminación individual, mientras que el orden democrático, por su parte, como forma de autodeterminación política de

---

[29] Ibídem, p. 54.

[30] H. Kelsen, *Teoría general del Estado*, Colofón, México, 2000, p. 107.

[31] "Es el valor de la libertad el que define en primer lugar la idea de la democracia" (H. Kelsen, *Esencia y Valor de la Democracia*, Colofón, México, 1992, p. 126).

[32] Heller, op. cit., p. 292.

[33] *Democracia y Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, pp. 18 y 19.

> todo el pueblo, inevitablemente depende de la participación libre e igual del individuo en la formación de la voluntad estatal. La democracia, por consiguiente, presupone los derechos fundamentales de la misma forma que, al contrario, los derechos fundamentales sólo pueden adquirir su plena efectividad en condiciones democráticas. Esto demuestra que, más que la consagración jurídico-formal de garantías de derechos fundamentales en el texto constitucional, es el concepto teórico-constitucional, así como su desarrollo en la práctica política, quien determina el rango y peso de los derechos fundamentales en la vida cotidiana de las personas. No es el prospecto, sino el producto mismo el que demuestra la eficacia real del catálogo de derechos fundamentales en el ámbito estatal y social.

Es decir, la libertad es para un individuo lo que la autodeterminación es para una comunidad. Bien apunta Rousseau[34] que "esta libertad común es consecuencia de la naturaleza del hombre. Su primera ley es velar por su propia conservación; sus primeros cuidados son los que se debe a sí mismo; y en cuanto alcanza la edad de la razón, al ser el único juez de los medios adecuados para conservarse, se convierte por ello en su propio dueño". Es entonces cuando asociamos, asimilamos y comprendemos que la soberanía pertenece al pueblo o es de él, o, mejor aún, que el pueblo es soberano. La soberanía así entendida implica el poder del pueblo para *autootorgarse* un ordenamiento jurídico. Esta potestad esencial de la comunidad —el ser capaces de otorgarse a sí mismos las reglas a las que la propia comunidad y, por lo tanto, a las que cada uno de sus miembros se sujetará— se presenta con el devenir del tiempo más que como un derecho, que lo será siempre, como una necesidad, pues "el orden social es un derecho sagrado que sirve de base a todos los demás".[35]

Pero la comunidad es amplia y cada uno de sus miembros tiene determinadas ocupaciones, por lo que el pueblo escoge a un grupo de personas de entre sus miembros para que se encarguen de elaborar esas normas a las que todos se ajustarán: el pueblo es tan libre, que sujeta su libertad a un conjunto de normas que él mismo hace, cuestión que no limita su libertad, sino que la potencia.[36] Ese grupo de personas que

---

[34] J. J. Rousseau, *El contrato social*, Mateos, Madrid, 1993, p. 50.

[35] Ibídem.

[36] Como salida a una contradicción aparentemente insalvable es entonces cuando Jellinek formula su conocida *teoría de la autolimitación del Estado*. El Estado, que dispone de la facultad de *imperium* (*Herrschaft*), en el ejercicio de esa soberanía, y de su potestad de autodeterminación, puede también autolimitarse. El que a sí mismo se determina, a sí mismo se limita. Con lo cual sería en esa operación suprema de autolimitación en la que el Estado acabaría encontrando su definitiva identificación y significación jurídica. "El Estado —diría Orlando— se impone a sí mismo el freno de las normas jurídicas capaces de contener la acción de la autoridad pública de manera que sean reconocidos y respetados los intereses legítimos de los súbditos". Es precisamente ante un Estado que, en virtud de la autolimitación, decide someterse a relaciones jurídicas en el plano de igualdad con los individuos, donde se abría la posibilidad de comenzar a pensar en la creación de una doctrina jurídica de los derechos fundamentales. A Jellinek debemos la noción de *derechos públicos subjetivos* con la que se inicia el camino para el tratamiento de éstos como facultades capaces de actuar pretensiones en el marco de las relaciones jurídicas entre el ciudadano y el Estado. (P. de Vega, "Apuntes para una historia de las doctrinas constitucionales del siglo XX", en Miguel Carbonell [comp.], *Teoría de la Constitución. Ensayos escogidos*, Porrúa-UNAM, México, 2000, p. 12).

plasmará la voluntad popular traducida en reglas es lo que conocemos con el nombre de *Poder Constituyente*. Es muy importante que jamás se olvide que el Poder Constituyente tiene la única tarea de plasmar y sistematizar la voluntad del pueblo en un ordenamiento jurídico. Como éste sólo puede emanar de la soberanía popular, pues es ésta su única fuente legítima, el pueblo deposita su soberanía —sólo transitoriamente— en el Poder Constituyente con el objeto de que éste elabore el ordenamiento que el pueblo le ordenó hacer para que haga constar ahí su soberanía; así, la propia ley de la pluralidad de los sufragios se establece por convención y supone la unanimidad, al menos por una vez.[37] Las reglas o, mejor dicho, el conjunto de normas que rigen la vida en sociedad es lo que conocemos como Derecho (objetivo), y el Derecho es lo que está obligado a hacer el Poder Constituyente en uso y en nombre de la comunidad que lo manda y a la cual pertenece.

Es conveniente apuntar las características del proceso constituyente, pues es error no poco frecuente confundir sus cualidades formales con las materiales; es decir, las prerrogativas del pueblo para autorregularse con las características del órgano que lo representa. Veamos:

Materialmente el Poder Constituyente es el pueblo, puesto que es el que ejerce su soberanía para regirse por sus propias normas. Por eso las cualidades materiales del constituyente —en cuanto es el propio pueblo— se configuran por su carácter de soberano, originario, ilimitado y prejurídico. La soberanía en su acepción más simple significa la capacidad del pueblo para autorregularse, lo que implica que, al no existir jerarquía por encima del pueblo, sólo él mismo puede otorgarse un marco regulatorio, un ordenamiento. El Poder Constituyente es originario por cuanto es creador de un sistema jurídico de dominación política: antes de la organización constituyente no hay nada. El Poder Constituyente es el último —o primero, si se quiere— fundamento de validez del ordenamiento, es su origen. Al ser originario, consecuentemente es ilimitado, pues el límite sólo puede derivar de una norma superior y anterior, cuestión inexistente al pueblo (Poder Constituyente material). Y por último, es prejurídico porque él mismo es fuente primaria del Derecho, del ordenamiento jurídico.

En términos formales, el Poder Constituyente es un órgano colegiado, deliberante, legislativo, representativo y popular. Cuando hablamos del Poder Constituyente en sentido formal nos referimos a la *asamblea de diputados* o *legisladores constituyentes*, aquel grupo de personas a quienes se les encomendó la tarea de elaborar el código normativo conocido como Constitución. El Poder Constituyente "formal" es un órgano o cuerpo, porque es un conjunto que reúne la suma de individuos que realizan la función legislativa primaria; es una agrupación de personas. Es colegiado, porque todos sus miembros están investidos de la misma jerarquía, en un colegio, ninguno es más importante que otro de sus miembros y por lo tanto el resultado que

[37] Rousseau, op. cit., p. 58.

manifiesta su posición en las deliberaciones (votos) tiene el mismo valor. La función deliberativa consiste en la participación de los legisladores en los debates, en ese discutir imprescindible en la tarea parlamentaria, pues la representación de todas las ideologías y de todos los segmentos de la sociedad tiene que oírse para convencer a los demás (cosa que logra la mayoría), o por lo menos para difundir su punto de vista (pilar de la democracia: el respeto y voz de los grupos minoritarios). Tiene funciones legislativas porque la elaboración de la Constitución es un proceso de producción normativa. Finalmente, la Constitución es una ley, desde luego suprema, pero con todas las características propias de la ley: generalidad, abstracción, coercibilidad y heteronomía. El Poder Constituyente es representativo porque hace las veces del pueblo: lo personifica, simboliza y encarna en una Asamblea; por lo tanto, el margen de discrecionalidad de los representantes está subordinado a la voluntad de los representados, quienes mandan y ordenan lo que tiene que hacerse en dicho cuerpo colegiado. Finalmente el Poder Constituyente en sentido formal es popular, porque todos sus miembros integran la misma comunidad, pertenecen al mismo pópulo; con ello se garantiza una mejor y más congruente representación; no es lo mismo tener un representante *par* que con origen distinto, con otra *sensibilidad*.

En síntesis, la esencia constituyente, en tanto derecho inherente de toda comunidad, cumple la función tan magistralmente apuntada por Rousseau:[38]

> Hallar una forma de asociación que defienda y proteja de toda la fuerza común a la persona y a los bienes de cada asociado, y en virtud de la cual, al unirse cada uno a todos, no obedezca más que a sí mismo y quede tan libre como antes. Este es el problema fundamental al que da solución el Contrato Social. Las cláusulas de este contrato se hallan tan determinadas por la naturaleza del acto, que la más mínima modificación las haría vanas y de efecto nulo; de forma que, aunque quizás nunca hayan sido enunciadas formalmente, son las mismas en todas partes y por doquiera se les admite y reconoce tácitamente […] Cada uno de nosotros pone en común su persona y todo su poder bajo la dirección suprema de la voluntad general; y recibimos además a cada miembro como parte indivisible del todo. Este acto de asociación produce al instante, en lugar de la persona particular de cada contratante, un cuerpo moral y colectivo […] que recibe de este mismo acto su unidad, su *yo* común, su vida y su voluntad. Esta persona pública, que se forma así por la voluntad de todas las demás, recibía en otro tiempo el nombre de ciudad y ahora recibe el de República o el de cuerpo político, al que sus miembros llaman Estado cuando es pasivo, soberano cuando es activo, poder al compararlo con sus semejantes. Respecto a los asociados, toman colectivamente el nombre de pueblo, y se llaman en particular ciudadanos, en cuanto que participan de la autoridad soberana, y súbditos, en cuanto están sometidos a las leyes del Estado.

No caemos en la necedad por volver continuamente a la idea contractualista de Rousseau. Norberto Bobbio[39] explica:

---

[38] Ibídem, pp. 59 y ss.

[39] *El futuro de la democracia*, FCE, México, 1996, p. 141.

> No es casualidad que hoy afloren ideas contractualistas y se hable de un nuevo "contrato social". El contractualismo moderno nace del cambio de una concepción general y orgánica de la sociedad (la concepción por la cual, de Aristóteles a Hegel, el todo es superior a las partes), es decir, nace de la idea de que el punto de partida de todo proyecto social de liberación es el individuo con sus *pasiones* (para corregir o domar), con sus *intereses* (para regular o coordinar), con sus *necesidades* (para satisfacer o reprimir). La hipótesis de la que parte el contractualismo moderno es el estado de naturaleza, un Estado en el que solamente existen individuos aislados, pero tienden a unirse en sociedad para salvar la vida y la libertad. Partiendo de esta hipótesis, la sociedad política se vuelve un artificio, un proyecto por construir y reconstruir continuamente, un proyecto que jamás es definitivo, que tiene que someterse a revisión permanente.

III. Segunda relación: la autorreferencia constitucional

El Derecho es tan amplio como la vida, pues ha de regularla completamente —o al menos eso pretende— y más, regula incluso su gestación y los efectos que genera su cesación, la muerte. Por ello, la comunidad y el mismo constituyente (formal) comprenden que *crear el Derecho* es una labor titánica, imposible de realizar de un tirón y por sólo ese grupo de personas pertenecientes al pueblo, pues finalmente "la unidad de la organización estatal viene condicionada por la estructura sistemática de su ordenación tanto real como normativa".[40] La solución no es otra que sentar las bases a partir de las cuales se creará y desarrollará el resto de ese Derecho, de ese ordenamiento jurídico. Encontramos aquí una concepción compleja: las bases sobre las cuales se creará el ordenamiento jurídico forman parte del mismo ordenamiento jurídico, pero con una peculiar característica: la inclusión de normas para crear otras normas. He aquí una de las características más fascinantes del Derecho: la capacidad para crearse y recrearse a sí mismo. El constituyente tiene la tarea de sentar las bases a partir de las cuales se creará el resto del ordenamiento y para ello habrá de reconocer primero que ese grupo normativo faculta o permite la creación de otras normas porque el pueblo así lo quiso; es decir, porque el pueblo soberano inserta su propia soberanía en la obra que está elaborando el constituyente; y por esos dos hechos —por plasmar la soberanía en ese texto y porque el texto da los lineamientos para crear otras normas— es que la Constitución es suprema.

Pero el constituyente no sólo tiene el mandato de plasmar en la Constitución la constancia de que el pueblo es el único soberano —por si alguna vez alguien quisiera usurpar su principal atributo— y el hecho de regular la producción normativa, sino también el de reconocer al mismo pueblo como una sola comunidad en la cual cada uno de sus miembros goza de todos sus derechos, no porque así se plasma en la Constitución, sino porque dichos derechos son inherentes a cada uno de ellos; de ahí que "la función de sentido de Estado, como la de todo fenómeno histórico, siempre

---

[40] Heller, op. cit., p. 290.

está, ciertamente, referida a valores".[41] De esta manera reconoce sus derechos fundamentales para garantizarlos, de tal suerte que la esfera jurídica que tutela estos derechos configura la frontera del resto del orden jurídico y de la actuación de las autoridades que desempeñarán las tareas que se desprenden de la Constitución. Según Häberle:[42]

> […] en el orden constitucional de la Ley Fundamental (*Grundgesetz*), los derechos fundamentales tienen un doble valor: de un lado, representan los "valores supremos", y de otro, permiten al hombre encontrar valores y actualizarlos, garantizándole el *status* de libertad. Los derechos fundamentales son la expresión de un ordenamiento libre ya realizado, y al mismo tiempo son el presupuesto para que este ordenamiento se reconstituya continuamente a través del ejercicio individual de las libertades por parte de todos. Estos derechos resultan ser elementos constitutivos del cuadro constitucional y del ordenamiento inspirado en los principios de libertad de la Constitución.

Los lineamientos de todo el orden jurídico subyacen de la positivización de estas máximas prerrogativas del individuo y de su conceptualización jurídica, la soberanía. Un Estado en el que son respetados los derechos fundamentales y la organización política responde a la voluntad popular se califica como democrático. Para serlo, su Norma Fundamental debe contener formal y materialmente estas referencias como eje central: la idea de soberanía, democracia y finalmente de Constitución, dentro del texto constitucional. El resto de las normas constitucionales —e infraconstitucionales— son desarrollo de este núcleo, son generadas por la *autorreferencia constitucional*; de tal suerte que todo el ordenamiento gira alrededor de la noción de democracia juridificada, *ídem* Constitución. El concepto de Constitución en la Constitución —de acuerdo con Lucas Verdú—[43] trata de extraer la autoconciencia de la Constitución, es decir, el concepto que la Constitución tiene de sí misma y, desde luego, a esta conceptualización coadyuva permanentemente el Tribunal Constitucional.

La única manera posible de garantizar el desdoblamiento legítimo de la norma hasta su concreción es *actuando* la Constitución —si es que esta Constitución es democrática en su contenido—, lo que requiere a su vez la constante dinámica jurídica como producto de la actuación soberana. Por ello es que Constitución es sinónimo de democracia o, si se quiere, positivización de la soberanía. Pero no basta esta atribución juridificada de los valores, contenidos y significados tanto de la Constitución como de la democracia y la soberanía, pues además el constituyente requiere organizar, jurídicamente desde luego, a aquellos que se dedicarán a producir las normas, las

---

[41] Ibídem, p. 292.

[42] P. Häberle, *La libertad fundamental en el Estado constitucional*, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1997, pp. 55 y 56.

[43] "Constitución", en *Prontuario de Derecho Constitucional*, Comares, Granada, 1996, p. 47.

[44] Con acierto apunta Manuel García-Pelayo que "si el liberalismo es la contestación al problema de cómo se ejercen las funciones del Estado, la democracia responde a la cuestión de quién las ejerce. Mientras que el primero es un intento de realización de la libertad, la segunda lo es de la igualdad que

aplicarán y las "dirán", según cómo vive el pueblo, en qué lugar, en qué tiempo y de qué forma.[44] Es decir, el constituyente también tiene que organizar jurídicamente la estructura política y territorial que permitirá la realización del único objetivo que tiene el hecho de que el pueblo quiera organizarse jurídicamente: conseguir su bien común. Esta organización jurídica de lo político es lo que parte de la doctrina llama la "forma de ser del Estado" o lo que el español Lucas Verdú o el italiano Gaetano Mosca llamaron *fórmula política*.[45]

El núcleo jurídico de las instituciones políticas del Estado (fórmula política de la Constitución) necesariamente está influido por una ideología (liberal, demoliberal, etc.) y por ello a veces se señala que la Norma Fundamental es finalmente la síntesis ideológica de determinada comunidad. La fórmula política se basa en valores, pues finalmente la Constitución es el reflejo axiológico de la nación que se autodetermina. Cumple el cometido de organizar y limitar el ejercicio del poder político, y está condicionada —no determinada— por la estructura socioeconómica. A su vez, el funcionamiento de la fórmula política se despliega en la eficacia de la tarea hermenéutica, ya que sirve de ayuda para comprender la *ratio* y el *telos* de la Constitución; evita las concepciones unilaterales y sociológicas de la Carta, pues encabeza como fuente su desarrollo normativo; informa permanentemente en la dimensión valorativa y axiológica de la Constitución; finalmente, tiene presentes los condicionamientos socioeconómicos del Estado, pues de nada sirve una Constitución con amplios y ambiciosos postulados si éstos no son congruentes con la realidad. Resumiendo, la fórmula política implica el núcleo jurídico que, partiendo de la soberanía como origen y de la democracia como regla general e intransigible, organiza las instituciones que dan forma al Estado a través de la actividad política, y de ahí que —en palabras de Böckenförde— "el pueblo es el portador y el titular del poder del Estado" sea un enunciado nuclear de toda democracia. Este enunciado incluye en sí la proclamación de un principio del orden político, pero tiene también en esa misma forma un significado jurídico, y éste se despliega en una serie de direcciones.[46]

En suma, para que una Constitución sea democrática, amén de ser el resultado de un proceso constituyente absolutamente democrático, deberá contener en su propio texto la constancia que permita unificar el contenido de soberanía y democracia como máxima de la propia Constitución, para que a partir de ello se organice jurídicamente la vida política del Estado. Ambas cosas, la positivización de la democracia

---

obra para la democracia como una *verité de foi* más allá de toda duda" (*Derecho Constitucional comparado,* Alianza, Madrid, 1999, p. 169).

[45] "Entendemos por fórmula política de una Constitución la expresión ideológica fundada en valores que versan sobre la organización y ejercicio del poder político en una estructura social" (P. Lucas Verdú, "Fórmula Política", en *Prontuario*…, op. cit. , p. 173.

[46] E. W. Böckenförde, *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia,* Trotta, Madrid, 2000, pp. 53 y 54.

como desarrollo de la soberanía, y su organización jurídica —la fórmula política— es lo que denominamos *autorreferencia constitucional* y es lo que configura la segunda relación que guardan Constitución y democracia.

IV. Tercera relación: las instituciones de salvaguarda constitucional y de la propia democracia

El momento constituyente y la autorreferencia constitucional de nada sirven como meros principios o descripciones de la voluntad popular; se necesitan, por tanto, normas con la máxima jerarquía que hagan posible la realización de tales enunciados para que puedan llevarse a cabo las tareas fundamentales de la Constitución: integración, organización, dirección jurídica y la noción y asimilación de la Constitución como orden jurídico fundamental de la comunidad.[47] Es en ese tenor que Pedro de Vega apunta:

> […] a partir de la terminación de la segunda guerra mundial las constituciones dejaron así de entenderse como mero sistema simbólico de principios ideológicos y de formulaciones políticas, para pasar a ser normas jurídicas con la misma validez y eficacia que el resto de los preceptos del ordenamiento. Nada tiene de sorprendente que en estas circunstancias, las cuestiones relativas a la aplicación e interpretación del Derecho Constitucional cobren una relevancia y una significación que no tuvieron en el pasado. Hasta el punto de que, tanto en Europa como en América, la doctrina jurisprudencial y los problemas relativos a la formación de esa doctrina se han convertido en los centros de referencia en torno a los cuales se sitúan las cuestiones y problemas más importantes de la más reciente Teoría Constitucional.[48]

Una de las características torales del Estado constitucional estriba en el carácter normativo de la Constitución, pues:

> […] el hecho de que la Constitución proceda a una fijación imperativa de objetivos ha conducido en el siglo XX a un cambio en el modo mismo de entender la función de la norma constitucional. Dado que el orden de la sociedad en su conjunto no es ya el fruto espontáneo de la abstención estatal, sino algo de cuya creación o conservación es responsable el Estado, se quiere ver en la Constitución en su conjunto una prefiguración del propio orden social que esa acción debe perseguir. La Constitución pasa a considerarse norma jurídica fundamental no en el sentido de que sea el fundamento de la validez de todo el ordenamiento, en cuanto refuta las condiciones de la creación jurídica, sino en el de que contiene el orden jurídico básico de los diversos sectores de la vida social y política, de modo que prefigura, de forma similar a como lo hacen los programas de partido, un "modelo de sociedad" […] La Constitución, en otras palabras, se transforma

---

[47] Sobre las funciones de la Constitución, en este sentido, véase K. Hesse, "Constitución y Derecho Constitucional", en E. Benda, W. Maihofer, H. Vogel, K. Hesse y W. Heyde, *Manual de Derecho Constitucional*, Marcial Pons-Instituto Vasco de Administración Pública, Madrid, 1996, p.1.

[48] P. de Vega, "El tránsito del positivismo jurídico al positivismo jurisprudencial en la Doctrina Constitucional", en *Teoría y Realidad Constitucional*, nº 1, Madrid, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, primer semestre 1998, p. 85.

> toda ella en programa, y la legislación ya no es el instrumento de una acción política libre dentro de los límites negativos que la Constitución impone, sino que es "desarrollo" de la Constitución, del programa que la Constitución contiene. La Constitución ya no incorpora sólo la concepción política de lo que el Estado debe ser, sino el programa de lo que debe hacer. Pero este modo de pensar se acoge también en la teoría democrática de la Constitución hasta ver en ella no la norma que configura la acción del Estado, sino la norma que prefigura un régimen político democrático. Del mismo modo que los derechos fundamentales en singular se reinterpretan como normas finalistas, toda la Constitución en su conjunto deja de considerarse como el marco jurídico en el que se ha de desenvolver la realidad política, y se reinterpreta como mandato de construir y mantener en realidad política, en este caso la de la democracia efectivamente actuante y viva.[49]

La defensa de la Constitución se reduce al imperio de la democracia. Su único talón de Aquiles es el empleo de la fuerza, pues "ni un texto Constitucional democráticamente impecable, así como el sistema de garantías constitucionales más acabado técnicamente tampoco puede asegurar por sí solo la pervivencia de un ordenamiento democrático frente a los embates totalitarios".[50]

A partir de la defensa de la noción de Constitución en la Constitución, y consiguientemente la revaloración de la democracia como principio absoluto del Estado, cambia la dinámica estatal, pues:

> El cumplimiento de las funciones estatales y el ámbito del individuo en el Estado moderno de servicios se encuentran entrelazados de múltiples formas, de manera que, por ejemplo, la libertad personal debe ser organizada por el Estado a través de reglas y procedimientos adecuados de participación, así como por la creación de condiciones de vida iguales para todas las capas de la población a través de una política redistributiva previa. El ciudadano individual no está ya por tanto "sometido" al poder del Estado, es decir, totalmente indefenso una vez rebasados los límites marcados por los derechos fundamentales, sino que en un Estado Constitucional Democrático se convierte él mismo en libre colaborador en las decisiones comunitarias.[51]

Las instituciones que salvaguardan tanto la idea de democracia como la de Constitución, comenzando por el mandato del Poder Constituyente, configuran los llamados *medios de defensa constitucional*. Ya he dicho en otra parte[52] que, dadas las características e importancia de la Constitución, es menester, *ultra vires*, proteger su texto, eficacia y vigencia, pues de ello dependen la observancia y eficiencia del resto del ordenamiento. Los medios de defensa constitucional son entonces la manera que prevé la propia Constitución para mantenerse incólume. Dichos medios podemos clasificarlos en internos y externos; los primeros protegen el texto y eficacia constitucio-

---

[49] Otto, op. cit., pp. 44 y 45.

[50] P. Lucas Murillo, "El examen de la constitucionalidad de las leyes y la soberanía parlamentaria", en *Revista de Estudios Políticos*, nº 7, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1979, p. 201.

[51] Schneider, op. cit., pp. 19 y 20.

[52] Cf. "El papel de los derechos fundamentales en el positivismo jurídico: las garantías individuales en el ordenamiento mexicano", en *Revista de la Escuela de Derecho de la Universidad Anáhuac del Sur*, México, 2001, pp. 16 y ss.

nal de cualquier intromisión de los "enemigos" de la propia Carta, mientras que los externos hacen valer la fuerza normativa de la Constitución para imponer el contenido esencial de los derechos que la conforman.

Entre los internos podemos hablar de los preceptos normativos constitucionales que versan sobre la supremacía, vigencia, reforma e interpretación de la Máxima Norma, y entre los externos nos referimos al recurso procedimental que restablece el ejercicio de un derecho violado por la autoridad —es decir, aquel mecanismo jurídico que impone el contenido de un derecho fundamental ante la autoridad que lo transgredió.

Ahora bien, los medios de defensa constitucionales *externos* —*i.e.*, aquellos que reciben el nombre genérico de *garantías constitucionales* por la dogmática constitucional— se constituyen en garantes del ordenamiento que se establece, desarrolla y aplica a partir del respeto irrestricto a los derechos fundamentales.

La reina de las instituciones para la salvaguarda de la Constitución (en su más grande acepción) es la Justicia Constitucional, y "sólo un determinado tipo de Constitución (formal) transmite legitimidad democrática a esta actividad",[53] aquella que es reflejo del *Estado constitucional*. *A contrario sensu*, el aparato jurisdiccional de un Estado no democrático, sin importar su apego a las normas, será siempre arbitrario de origen; y es precisamente porque la defensa de la Constitución asegura la democracia, que "el Tribunal Constitucional se ha evidenciado como el más importante garante del respeto por el resto de los órganos estatales al Derecho Constitucional".[54]

La protección constitucional establecida en la misma Constitución corona así el proceso jurídico democrático del Estado constitucional: su concepción está en el constituyente; su planteamiento en la autorreferencia constitucional y su eficacia en el despliegue de estos medios de defensa constitucional. Con palabras de Hesse:[55] en ésta, su función de posibilitar y garantizar un proceso político libre, de construir, de estabilizar, de racionalizar, de limitar el poder y en todo ello de asegurar la libertad individual, estriba la *cualidad de la Constitución*.

V. Conclusión: el Estado constitucional

El gobierno constitucional, en palabras de Martínez Sospedra,[56] no es sino la realización práctica de los supuestos propios del concepto moderno de Constitución,

---

[53] Para todo, V. Ferreres, "Justicia Constitucional y Democracia", en Carbonell (comp.), op. cit., pp. 247 y 248.

[54] H. Simon, "La jurisdicción constitucional", en Benda et. al., op. cit., p. 823.

[55] "Concepto y cualidad de la Constitución", en *Escritos de Derecho Constitucional*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992, p. 21.

[56] *Las instituciones del Gobierno constitucional. Sistemas de gobierno y órganos constitucionales*, Fundación Universitaria San Pablo CEU, Valencia, 1994, p.22.

cuya más conocida manifestación es el artículo 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano. Aragón[57] lo supera al equiparar Estado constitucional con democracia y al referirse a la Constitución (formal) como la manifestación jurídica de esa sinonimia. Interpretando al profesor español, la relación que guardan Estado constitucional y democracia no sería otra cosa que la Constitución material. Siguiendo con otro destacado constitucionalista hispano, Pedro de Vega, el Estado constitucional cimienta su estructura en dos pilares: por un lado, en el principio político democrático; por otro, en el principio jurídico de supremacía constitucional. Conforme al principio político democrático se entiende que corresponde al pueblo, en cuanto titular de la soberanía, el ejercicio indiscutible del Poder Constituyente. Según el principio de supremacía, se considera que la Constitución es *lex superior*, que obliga por igual a gobernantes y gobernados.[58]

Por otro lado, hoy no es suficiente una declaración de derechos, el cumplimiento de la ley y una división de poderes.[59] Son imprescindibles, pero su adecuación a la mecánica estatal exige una serie de instituciones y dinámicas que resuelven un listado enorme de problemas y lagunas que el principio decimonónico del famoso artículo 16 no satisfacía.[60] Órganos constitucionales autónomos (*Ombudsman*, ciudadanización de los órganos de control electoral, bancos centrales, por mencionar algunos), mayor margen de participación directa de la ciudadanía, constitucionalización de los partidos políticos, acceso a la información pública y, sobre todo, injerencia presupuestal del aparato estatal en la satisfacción de necesidades colectivas elevadas al rango de derechos fundamentales; todo ello como fragmentos de democracia, logra equiparar legalidad con legitimidad, sociedad con Estado, política con herramienta de satisfacción y Constitución con democracia.

Antonio Torres del Moral, a la hora de establecer los elementos básicos de un sistema democrático, destaca una serie de ellos que obviamente no constituyen una lista completa y exclusiva, pero sí nos pueden servir de piedra de toque para profundizar en algunos aspectos importantes de un sistema democrático abierto, tan abierto

---

[57] Véase nota 2.

[58] P. de Vega García, *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, Tecnos, Madrid, 1985, p. 15.

[59] Cosa distinta es la relevancia que estas asignaturas han representado para la humanidad, pues "es afirmación pacífica, sobre la que existe un asentimiento científico generalizado, la de que uno de los elementos centrales de toda la teoría política liberal está constituido por la reflexión sobre la insoslayable necesidad histórica de controlar, frenar y dividir el *poder*". R. Blanco Valdés, *El valor de la Constitución*, Madrid, Alianza, 1998, p. 29.

[60] "En todo caso, ha habido que aguardar al siglo XX para que resulte evidente que, si bien la idea burguesa de Estado de Derecho continúa brindando importantes garantías, no ofrece por sí misma una respuesta suficiente" (E. Benda, "El Estado Social de Derecho", en Benda et. al., op. cit., p. 489). "El proceso interno que se realiza en el Estado de Derecho pasa así consecutivamente por tres etapas diferentes: liberal, social y democrática" (Díaz, op. cit., p. 100).

como aquella sociedad a la que se refiere Popper y a la cual intenta regir. Los elementos son: soberanía popular, participación ciudadana, consenso, pluralismo, principio mayoritario, respeto de las minorías, principio de reversibilidad del acto democrático (cambio de opinión), división de poderes, publicidad y primacía del Derecho.[61] Por su parte, Häberle habla de los elementos del arquetipo de la Constitución democrática como referencia hecha por la *Teoría de la Constitución*: la dignidad humana, el principio de soberanía popular, la Constitución como pacto, el principio de la división de poderes, y el Estado de Derecho y el Estado social de Derecho.[62]

Desde la óptica de la teoría de la Constitución del Estado democrático (Estado constitucional), podemos señalar sin recatos:

1. Que la legitimidad no es más que el resultado del desempeño de los representantes democráticos; en otras palabras, una Constitución, un ordenamiento jurídico, e incluso el Estado, sólo serán legítimos cuando obedezcan a la voluntad popular.
2. Que la legalidad debe entenderse hoy en día como el cumplimiento a nivel positivo de la legitimidad; esto es, el acatamiento de cada norma con respecto a su superior conforme a lo estipulado por la Máxima Ley, que responde a la misma voluntad popular: actuar siempre con arreglo al Derecho, al Derecho que el pueblo creó a través del Poder Constituyente. Esto significa que *legitimidad* es a lo político lo que *legalidad* es a lo jurídico.
3. Que la soberanía es un elemento esencial del pueblo, pero una vez elaborada la Máxima Norma, se plasma en ella para que las autoridades actúen con carácter vinculante; aquí ya podemos hablar de *soberanía positivizada*, diferenciando lo que Heller llamó sujetos y soporte de la soberanía, y lo que Meyer define como la relación de *supra* a subordinado hacia el interior y de igualdad hacia el exterior.
4. Que la Constitución tiene el carácter de suprema porque en ella radica la soberanía en sus dos acepciones: la que pertenece al pueblo, cuestión que la propia Constitución reconoce, y la que actúan las autoridades por mandato popular. Por ello, *soberanía* es a lo político lo que *supremacía* es a lo jurídico.
5. El trabajo del Poder Constituyente es vital para el Estado; de ahí se desprende también la importancia de la actuación de la Constitución, pues no basta con tenerla, hay que actuarla, hay que "estar" en Constitución; cuando no se está en Constitución se incurre en lo que Loewenstein llamó constituciones nominales o semánticas y, desde luego, no se tiene un Estado constitucional.

---

[61] Para un desarrollo completo de estos elementos, véase J. Merino Marchán, M. Pérez-Ugena y J. M. Vera Santos, *Lecciones de Derecho Constitucional,* Tecnos, Madrid, 1997, pp. 56 y ss.

[62] P. Häberle, *Teoría de la Constitución como ciencia de la cultura,* Tecnos, Madrid, 2000, p. 33.

6. La voluntad de la comunidad que trata de expresar el constituyente es verdaderamente un canon hermenéutico;[63] dicha voluntad no es algo tangible, pero informa a la propia Constitución y al resto del ordenamiento. En términos prácticos, podemos aplicar esa voluntad popular a través de los principios constitucionales, los mismos que dan lugar a la Constitución material y que, como acabamos de decir, informan al resto del ordenamiento jurídico.

Los principios constitucionales son definidos por Lucas Verdú como

> […] las afirmaciones incondicionales, evidentes, duraderas, sin perjuicio de su adaptación, formuladas o no, aunque suficientemente claras, por tanto reales, que cimientan y legitiman el ordenamiento fundamental de un pueblo conforme a exigencias axiológicas.

Por lo tanto, la Constitución no se agota en su propio texto; pues su fundamento —los principios constitucionales— y el resto del ordenamiento jurídico que la desarrolla forman parte de ella; de ahí la distinción entre Constitución formal y Constitución material, estructuras fundantes de la democracia contemporánea: el Estado constitucional.

---

[63] "La teoría de la interpretación [constitucional], de la ciencia y de la democracia conducen a una comunicación específica entre Estado y sociedad" (P. Häberle, "La sociedad abierta de los intérpretes constitucionales. Una contribución para la interpretación pluralista y procesal de la Constitución", en *Retos actuales del Estado constitucional*, Instituto Vasco de Administración Pública, Oñati, 1996, p. 21).

Jesús M. Casal H. (Venezuela) *

La protección de la Constitución frente a las omisiones legislativas

I. Introducción

Encontrándonos en la etapa fundacional del modelo de justicia constitucional contemplado en la Constitución venezolana de 1999, es fundamental estudiar las nuevas instituciones jurídicas que en este ámbito han sido introducidas, entre las cuales sobresale la figura de la declaratoria de la inconstitucionalidad de las omisiones legislativas prevista en el numeral 7 del artículo 336 de la Carta Magna. Ésta ostenta una especial importancia práctica en la actualidad, dada, entre otras razones, la instauración de una Constitución no siempre coincidente en sus contenidos con la anterior, lo cual impone la necesidad de adecuar la legislación al reciente marco constitucional.

Dicha figura es, en parte, objeto de este trabajo. Su adecuado tratamiento obliga, no obstante, a detenerse en el análisis del concepto de omisión legislativa o de inconstitucionalidad por omisión, rodeado de grandes discrepancias doctrinales, como categoría de la teoría del control de la constitucionalidad, originada en el marco de los instrumentos tradicionales de la jurisdicción constitucional y en el seno de ordenamientos que carecen de una específica acción de inconstitucionalidad por omisión, como Alemania e Italia. Ello exigirá también la consideración de las principales objeciones formuladas contra la admisión del control judicial de las omisiones legislativas.

Asimismo, es preciso situar la facultad contemplada en el numeral 7 del artículo 336 de la Constitución en el contexto general de la protección de la Constitución frente a las omisiones legislativas, lo cual permite, por un lado, reconocer la función específica que aquélla ha de desempeñar en el sistema de justicia constitucional, del

---

* Decano y Profesor de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello. Doctor en Derecho. Vicepresidente de la Asociación Venezolana de Derecho Constitucional y miembro de la Comisión Andina de Juristas.

cual no es más que un elemento y, por otro lado, captar la diversidad de instrumentos judiciales que pueden ser empleados, y de hecho lo han sido, en Venezuela o en otros ordenamientos para remediar las inconstitucionalidades derivadas de la pasividad del legislador.

Este enfoque lo consideramos esencial, pues de lo contrario se desconocería la amplitud de nuestro sistema de justicia constitucional, pudiendo formarse la idea errónea de que la acción que cabe deducir del numeral 7 del artículo 336 es la única vía judicial por la cual es posible combatir las omisiones legislativas o sus efectos.

Igualmente, una visión de conjunto de las omisiones del legislador que pueden traducirse en inconstitucionalidad, y de los remedios judiciales correlativos, además de facilitar la comprensión de la facultad atribuida a la Sala Constitucional por dicho precepto, puede estimular la activación de mecanismos tradicionales de la justicia constitucional que están llamados a cumplir una función capital en el control de constitucionalidad de las omisiones legislativas, tal como lo enseña la experiencia comparada.

Esta aproximación a la problemática jurídica planteada por el control judicial de las omisiones legislativas conduce a apreciar la riqueza de los esfuerzos realizados en distintos ordenamientos para asegurar la vigencia de la Constitución a pesar de la inactividad censurable del legislador, los cuales no consisten o no se agotan en una particular acción de inconstitucionalidad por omisión, que, sin perjuicio de su importancia, es sólo una manifestación específica, y de formación más reciente, de las soluciones aportadas para articular dicho control.

De este modo, se pretende contribuir al estudio de la facultad establecida en el numeral 7 del artículo 336, a la vez que se procura evidenciar la relevante función que instrumentos ya existentes en nuestro ordenamiento pueden desempeñar para asegurar la primacía y la fuerza normativa de la Constitución frente a las omisiones del legislador, el cual no es, en forma alguna y en ningún caso, dueño de la Constitución ni artífice de su normatividad y fuerza jurídica. La garantía de la supremacía y de la fuerza normativa de la Constitución obliga a afinar el instrumental jurídico apto para arrostrar las inconstitucionalidades originadas en la pasividad del legislador, tanto como es preciso hacerlo para combatir sus actos contrarios a la Carta Fundamental.

Conviene asimismo observar que la transición entre Constituciones, en el mejor sentido de la expresión, plantea no sólo el problema de la adaptación de la legislación anterior a los nuevos dictados constitucionales, sino también el de la manera de dar operatividad al Texto naciente hasta que el legislador actúe.

A partir de estas ideas, intentaremos poner de relieve las principales omisiones legislativas que comportan o pueden traducirse en una vulneración de la Constitución, así como los principales remedios judiciales que ofrece el ordenamiento jurídico venezolano o el Derecho comparado para afrontar esas omisiones. Dejamos de lado los posibles medios no judiciales de defensa de la Carta Magna ante omisiones legislativas, tales como la intervención de la Defensoría del Pueblo, que puede desempeñar

una relevante función mediante la exigencia del cumplimiento de los mandatos normativos vinculados a los derechos constitucionales, así como abogando por la satisfacción de pretensiones individuales o colectivas relacionadas con derechos constitucionales que reclaman un desarrollo legislativo aún no realizado.

El análisis de la temática esbozada conduce inevitablemente a abordar cuestiones capitales de la teoría de la Constitución y del control de la constitucionalidad, que alcanzan toda su agudeza cuando se examinan las distintas aristas jurídicas de las omisiones legislativas. Así, el estudio de las soluciones judiciales idóneas para remediar tales omisiones replantea la problemática sobre las posibles distinciones entre normas constitucionales, en lo que a su operatividad respecta, además de colocar en un primer plano las tensiones entre la jurisdicción constitucional y el legislador —en este caso silente—, así como entre la labor de interpretación y aplicación de la Constitución propia de todos los jueces, que en ocasiones los lleva a colmar lagunas derivadas de los silencios del legislador, y la función de libre configuración normativa del Parlamento. Los principios medulares del Estado democrático de Derecho entran en juego, por tanto, en el tratamiento del tema escogido, obligando a compatibilizar la exigencia de vigencia plena e inmediata de la Constitución con el necesario respeto del reparto constitucional de las funciones públicas que este tipo de Estado presupone.

II. Los obstáculos para la aceptación del control judicial de las omisiones legislativas y la tendencia a su superación

1. Consideraciones previas

No es nueva en la doctrina constitucional la preocupación por las violaciones a la Constitución que pueden derivarse de la inactividad del legislador en relación con un mandato constitucional de legislar. A ello se refirieron Jellinek y Kelsen, y a partir de allí varios autores.[1] La conciencia sobre la vulnerabilidad de la Norma Suprema por omisiones legislativas no es, pues, exclusiva de la doctrina contemporánea.

El tema ha cobrado, sin embargo, especial relevancia al hilo del constitucionalismo social, así como en virtud del robustecimiento de los mecanismos de control judicial de la constitucionalidad de las leyes. La proclamación del carácter social del Estado y la proliferación en las Constituciones de preceptos de contenido socioeconómico que se traducen en mandatos de desarrollo legislativo han estimulado la reflexión sobre el modo de articular el control judicial de su cumplimiento. Asimismo, el fortalecimiento de la justicia constitucional, que ha ido ocupando progresivamente mayores espacios en el control de la inconstitucionalidad legislativa, ha puesto de

---

[1] Cf. Ignacio Villaverde Menéndez, *La inconstitucionalidad por omisión*, McGraw-Hill, Madrid, 1997, pp. 23 y ss.

relieve la necesidad de examinar y combatir desde una óptica jurídica la inactividad del legislador que lleve aparejada una vulneración de la Constitución.

La novedad y, al mismo tiempo, la polémica vinculada a la inconstitucionalidad por omisiones legislativas (o inconstitucionalidad por omisión sin más) se origina básicamente en la determinación de las respuestas jurídicas que tal pasividad del legislador merece. Para algunos, la inactividad del legislador, particularmente la de carácter absoluto, ha de tener una lectura básicamente política, por lo que deben ser políticas las vías empleadas para superarla.[2] Otros, sin negar la virtualidad jurídica de dichas omisiones, han dudado de la viabilidad, en términos prácticos, de su control jurídico.[3]

A continuación nos referiremos a los principales obstáculos dogmáticos o prácticos que han sido invocados para rechazar el control judicial de las omisiones legislativas y pondremos de manifiesto su debilidad o inconsistencia, concluyendo con una advertencia sobre los riesgos que ahora se ciernen sobre ese control, en un contexto más propicio a su desarrollo.

Conviene aclarar que al examinar estas objeciones doctrinales debe distinguirse entre aquellas referidas al control judicial de las omisiones legislativas y las que se circunscriben a una modalidad específica, poco extendida en el Derecho Comparado, de ese control, como lo es la acción directa de inconstitucionalidad por omisión, que ahora encuentra respaldo en nuestra Constitución (artículo 336, numeral 7). La aclaratoria resulta pertinente, pues en ocasiones se confunden las objeciones al control judicial de las omisiones legislativas con las referidas a la existencia en un ordenamiento de una acción directa de inconstitucionalidad por omisión. Una cosa es sostener, por ejemplo, que las cortes o tribunales constitucionales invaden la competencia constitucional del legislador cuando extienden a un sector omitido por la ley un beneficio contemplado en ella, con fundamento en el principio de igualdad, y otra muy distinta es afirmar que no corresponde a los órganos judiciales valorar, a través de un medio constitucional específico, la oportunidad adecuada para la aprobación de leyes relacionadas con preceptos que algunos siguen calificando como programáticos.

La incidencia de ambas formas de control judicial en las relaciones entre la jurisdicción constitucional y el legislador no es necesariamente igual, además. En un sistema en el que el máximo órgano de la justicia constitucional, al conocer de la acción directa de inconstitucionalidad por omisión, sólo pueda "declarar" la existencia de una omisión legislativa contraria a la Constitución, como sucede en el Derecho portugués, sin estar facultado para integrar la laguna jurídica que haya podido observar ni para impo-

---

[2] Cf. la posición de Georg Jellinek, reseñada por Villaverde, op. cit., pp. 25 y ss.; cf. igualmente Manoel Ferreira Filho, "Uma Falácia: a inconstitucionalidade por omissão", en *O Estado de São Paulo*, 25 de junio de 1987, p. 32; citado por Francisco Fernández Segado, "La inconstitucionalidad por omisión: ¿cauce de tutela de los derechos de naturaleza socioeconómica?", en Víctor Bazán (coord.), *Inconstitucionalidad por omisión,* Temis, Bogotá, 1997, p. 13.

[3] Véase Hans Kelsen, *Teoría general del Derecho y del Estado*, UNAM, México, 1979, p. 310.

ner plazos o lineamientos para la corrección de la inconstitucionalidad, la repercusión del control judicial sobre la esfera de actuación del legislador será menor que la que puede originarse en una sentencia "aditiva", dictada en el marco de procesos tradicionales de inconstitucionalidad, por la cual se extienda una disposición legal a supuestos no comprendidos en su texto. Luego volveremos sobre algunos de estos asuntos.

2. Las dificultades de implementación y los condicionamientos socioeconómicos

Un primer grupo de argumentos contrarios al control judicial de las omisiones legislativas resalta la imposibilidad o dificultad de articular dicho control en lo que concierne a la capacidad para doblegar una eventual renuencia del legislador a regular alguna materia o a las restricciones económicas que pueden hacer inviables ciertas "promesas" constitucionales.

Ya en los inicios del sistema concentrado de control de la constitucionalidad, Kelsen observó:

> Hay una notable diferencia técnica entre los preceptos de la Constitución que prohíben cierto contenido y los que prescriben un determinado contenido en relación con leyes futuras. Por regla general, los primeros tienen efectos jurídicos, no así los segundos. Si el órgano legislativo expide una ley cuyos contenidos están prohibidos por la Constitución, se producen todas las consecuencias que de acuerdo con la Constitución van enlazadas a una ley inconstitucional. Sin embargo, si el órgano legislativo deja simplemente de expedir la ley prescrita por la Constitución, resulta prácticamente imposible enlazar a esa omisión consecuencias jurídicas.[4]

Ciertamente, la declaratoria de la inconstitucionalidad de una ley puede implicar su inmediata anulación y, con ello, su expulsión del ordenamiento jurídico, mientras que la remoción de una omisión del legislador es más compleja, sobre todo si se trata de una omisión absoluta. Conviene, no obstante, diferenciar entre las variadas hipótesis posibles para evidenciar lo relativo de la objeción mencionada.

Las omisiones relativas o parciales del legislador a veces son reparadas mediante instrumentos tradicionales del control de la constitucionalidad de las leyes, como ocurre cuando se suprime del precepto legal impugnado un término o frase que atribuía a cierta categoría de personas un beneficio, para hacerlo extensible a otros sujetos. Así, el Tribunal Constitucional español suprimió la expresión "la viuda" de un precepto de la legislación de seguridad social, para que los viudos también pudieran disfrutar, en las condiciones legalmente establecidas, de la pensión allí contemplada.[5]

---

[4] Ibídem.

[5] STC 103/1983; al respecto Véase Javier Jiménez Campo, "La declaración de inconstitucionalidad de la ley", en Francisco Rubio Llorente y Javier Jiménez Campo, *Estudios sobre jurisdicción constitucional*, McGraw-Hill, Madrid, 1998, p. 125.

En otros supuestos, ante una omisión relativa o parcial, los tribunales constitucionales se han aventurado a extender mediante su sentencia a la categoría de sujetos o a los casos no previstos por la ley el beneficio o regulación legal, como después expondremos. Esta clase de sentencias puede ser cuestionada desde el punto de vista de su peligrosa penetración en la esfera funcional del legislador, pero no cabe duda alguna sobre su efectividad.

Si la omisión relativa o parcial se quiere reparar a través de una sentencia simplemente declarativa de la inconstitucionalidad, sumada a algunas exhortaciones al legislador sobre el tiempo y el modo en que tal reparación debe producirse, la efectividad del fallo es menor, pero no nula, pues a menudo esta clase de sentencias supone una oportunidad dada al órgano legislativo para la corrección de la inconstitucionalidad, antes de que sea planteado nuevamente el asunto, caso en el cual el tribunal podría dictar, esta vez sí, un fallo anulatorio.

El problema de la posible ineficacia o inviabilidad del control de constitucionalidad de los silencios legislativos se contrae, pues, básicamente, a la corrección de las omisiones absolutas mediante acción judicial directa (control abstracto). Es cierto que a través de este instrumento procesal es más difícil remediar la inconstitucionalidad legislativa (pasiva). El reconocimiento judicial de la existencia de un mandato constitucional de legislar inobservado, con valor meramente declarativo, como acontece con la acción de inconstitucionalidad por omisión en el Derecho portugués,[6] o la inclusión en la sentencia de una orden de legislar dirigida al Parlamento, como algunos entienden posible en el Derecho brasileño,[7] no garantizan la aprobación de la ley requerida por la Constitución.

Pero la relativa eficacia de los pronunciamientos judiciales respectivos no es argumento suficiente para descartar su valor e importancia jurídica. Conviene recordar que la sola declaración judicial de la inconstitucionalidad de una acción u omisión del legislador representa una consecuencia jurídica que no debe ser despreciada. Así lo han demostrado la doctrina y la praxis constitucional comparada en lo relativo a las sentencias simplemente declarativas de la inconstitucionalidad de un precepto legal (no anulatorias): "Al juez de la ley cabrá sólo pedirle en muchos casos, y así será bastante, que constate el vicio denunciado y lo declare, rompiendo así la presunción de constitucionalidad de la ley. Tal es el contenido mínimo y esencial de su tarea".[8] Algo similar ocurre en relación con el control abstracto de constitucionalidad de las omisiones absolutas del legislador, pues, ante la imposibilidad de anular el silencio del legislador, puede emitirse una declaración judicial de inconstitucionalidad de la

---

[6] Cf. José Julio Fernández Rodríguez, *La inconstitucionalidad por omisión*, Civitas, Madrid, 1998, pp. 263-264.

[7] Ibídem, pp. 286-287.

[8] Jiménez Campo, op. cit., p. 114.

omisión legislativa, cuya consecuencia natural será la adopción de la ley correspondiente por el órgano legislativo moroso.

Al margen del control abstracto de constitucionalidad, la solución explorada por el Derecho argentino, en la provincia de Río Negro, al regular la acción directa de inconstitucionalidad por omisión, consistente en facultar al Superior Tribunal de Justicia para integrar el orden normativo en el caso concreto, si la orden o intimación judicial de legislar no es atendida en el plazo fijado, e incluso para imponer una reparación indemnizatoria cuando la integración normativa no sea posible,[9] así como la previsión de la Constitución de Brasil que faculta a ciertos tribunales para proteger mediante amparo (*mandado de injunção*) a quienes sufran lesiones en sus derechos constitucionales u otras garantías, a causa de la ausencia de las normas de desarrollo necesarias,[10] demuestran, además, que es posible establecer mecanismos jurídicos que aseguren una eficacia nada desdeñable en el control judicial de las omisiones legislativas.

En particular, la aplicación directa de la Constitución por los tribunales en casos concretos, admitida de manera general en los ordenamientos constitucionales en relación con las normas que ostenten total o parcialmente carácter autoaplicativo, a la que después nos referiremos, abre grandes posibilidades de protección judicial de la Constitución ante omisiones legislativas relativas o absolutas.

El control de constitucionalidad de las omisiones legislativas alcanzaría su mayor eficacia si la máxima instancia de la justicia constitucional estuviera facultada para establecer, con efectos *erga omnes* aunque con carácter transitorio, la regulación imprescindible para dar operatividad al precepto constitucional no desarrollado legislativamente. Esta posibilidad, aunque propugnada por algunos autores,[11] tiende a ser descartada por la doctrina[12] y no ha sido admitida en la legislación comparada relativa a la jurisdicción constitucional, por lo que la dejamos momentáneamente de lado. Luego veremos, sin embargo, que en ocasiones la jurisprudencia constitucional, al toparse con una omisión legislativa, ha procedido a integrar el orden normativo hasta que el legislador intervenga —entre nosotros últimamente bajo la denominación de *jurisdicción normativa*—, lo cual, dentro de los estrechos límites que más adelante intentaremos esbozar, resulta aceptable.

En otro orden de ideas, antes apuntábamos que se ha puesto en duda la viabilidad del control de constitucionalidad de las omisiones legislativas en consideración a las restricciones económicas que con frecuencia impiden desarrollar mandatos cons-

---

[9] Véase Néstor Pedro Sagüés, "La acción de inconstitucionalidad por omisión en la Constitución de la Provincia de Río Negro", en Bazán, op. cit., pp. 109 y ss.

[10] Véase Fernández Rodríguez, op. cit., p. 288 y ss.

[11] Cf. Jose Da Silva, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, Malheiros, San Pablo, 1992, p. 49, citado por Fernández Rodríguez, op. cit., pp. 286-287.

[12] Cf., por todos, Fernández Rodríguez, op. cit., pp. 173 y 287; Villaverde, op. cit., pp. 2-5 y 183 y ss.

titucionales de contenido social,[13] por lo que una intervención del Poder Judicial dirigida a imponer su cumplimiento carecería de virtualidad práctica y llegaría a comprometer su autoridad.

Al respecto, es preciso aclarar que el control de constitucionalidad de omisiones legislativas, en sus plurales manifestaciones, no siempre se enfrenta con el problema señalado; éste se plantea sobre todo en relación con la acción específica y directa de inconstitucionalidad por omisión legislativa. Pero el reconocimiento de tal acción no implica que se crea en una especie de fuerza taumatúrgica de las sentencias, como tampoco es una invitación a que el Poder Judicial adopte decisiones políticas o de gobierno que no le competen. Es cierto que las restricciones económicas pueden obstaculizar el desarrollo de mandatos constitucionales legislativos, pero ello no prueba que el control de constitucionalidad de las omisiones legislativas esté desprovisto de sentido práctico. A menudo, a pesar de existir recursos disponibles, el legislador omite el cumplimiento de esos mandatos constitucionales, lo cual puede dar lugar al ejercicio del control de constitucionalidad, aunque con las limitaciones arriba mencionadas, en lo que respecta a su eficacia.

Es pertinente recordar que, en materias vinculadas a muchas exigencias constitucionales de desarrollo legislativo, los Estados han asumido obligaciones internacionales, como sucede en el ámbito de los derechos económicos, sociales y culturales. En este campo los respectivos tratados internacionales admiten que el grado de cumplimiento de las obligaciones correspondientes dependerá de los recursos disponibles, pero esto no significa que tales tratados carezcan de fuerza jurídica, por cuanto no se exime a los Estados del deber de satisfacer esos derechos tanto como sus recursos lo permitan y de asegurar un contenido mínimo en relación con ellos.

3. La supuesta violación del principio de separación o división de los poderes

La mayoría de las objeciones al control judicial de las omisiones legislativas pueden reconducirse al supuesto desconocimiento del reparto constitucional de las funciones públicas que comporta.

Así, en relación con la previsión de una acción de inconstitucionalidad por omisión se ha señalado que atentaría contra la libertad de configuración normativa o discrecionalidad del legislador, el cual debe conservar la facultad de determinar el momento en que ha de ser desarrollado un precepto constitucional. Ello alcanzaría especial importancia en el ámbito de las disposiciones relativas a los fines del Estado en materia económica o social, muy frecuentes en las Constituciones contemporáneas, por cuanto el órgano legislativo sería el único idóneo para valorar las circunstancias

---

[13] Cf. las referencias de Fernández Rodríguez, op. cit., pp. 179 y ss.

imperantes en tales áreas y para decidir, en función de éstas, la oportunidad de las leyes de desarrollo, según las prioridades trazadas y los recursos disponibles, y conforme a las necesidades de la población.[14]

Incluso, se ha llegado a sostener que puede resultar conveniente reconocer al legislador la posibilidad de dejar en suspenso previsiones constitucionales poco realistas que hayan sido aprobadas en medio del fragor revolucionario o del utopismo que a menudo acompaña la labor de las asambleas constituyentes. En este sentido, se ha expresado:

> Una alteración radical de la legalidad existente, producto de una acción de corte revolucionario, trae como consecuencia la aparición de un nuevo orden constitucional basado en principios antitéticos a los que regían con anterioridad. Las élites políticas de antaño caen y las sustituye una clase dirigente que responde y se mueve por pautas absolutamente enfrentadas a las anteriores. Los nuevos líderes pueden buscar, de manera consciente o inconsciente, la instauración de pretenciosos objetivos con los que alterar de forma sustancial todo el sistema anterior ya superado. Y fruto de estos fines políticos y de semejante programa de actuación quizá sea la instauración en la Carta Magna, con la que se intenta abrir la nueva época, de desmedidos encargos al legislador, dotados de una fuerte idea de obligatoriedad con el deseo de que no se frustre el ansia de construcción de la futura realidad, diseñada por contraste con la anterior.
>
> En un supuesto así el devenir de los acontecimientos puede templar la radicalidad inicial e imponer moderación ante el convencimiento de que se actuó por simple reflejo frente a lo anterior, y no por propia convicción de la bondad del nuevo programa constitucional. Este contexto nacido de la crítica constructiva a los extremismos del cambio revolucionario, esto es, de una racionalidad *a posteriori* frente a la irracionalidad inicial, pone en serios problemas la justificación de la omisión inconstitucional. ¿Resultaría adecuada una institución que obligase a realizar aquello que aún resta por hacer cuando ya no se aviene con las ideas dominantes? […] [15]

Por otro lado, ha suscitado cierto rechazo la posibilidad de que los órganos judiciales colmen lagunas jurídicas derivadas de la falta de sanción de leyes necesarias para la plena efectividad de preceptos constitucionales. Ello implicaría una amenaza a las funciones propias del legislador y colocaría a los jueces en riesgo permanente de incurrir en usurpación de atribuciones. Especial reserva ha sido formulada, desde la perspectiva de un sistema concentrado de control de la constitucionalidad erigido sobre la tradicional desconfianza hacia los órganos del Poder Judicial, en relación con la posibilidad de que los jueces ordinarios estén facultados, mediante el amparo constitucional, el control difuso de la constitucionalidad u otros medios procesales, para cumplir esa tarea integradora.[16]

Por último, se ha observado que el control judicial de las omisiones legislativas entraña un enorme peligro de politización de la jurisdicción constitucional, más aún

---

[14] Véase, entre otros, Ferreira Filho, op. cit., p. 32.

[15] Fernández Rodríguez, op. cit., p. 174.

[16] Villaverde, op. cit., pp. 160 y ss.; Fernández Rodríguez, op. cit., pp. 49-50.

cuando la omisión legislativa no es producto de una inadvertencia del legislador, sino de una decisión deliberada.[17]

Las objeciones señaladas, si bien ponen de manifiesto lo delicado del terreno que se pisa cuando se ejerce el control de constitucionalidad de las omisiones legislativas, no resultan fundadas cuando se pretende negar la posibilidad o conveniencia de articular dicho control. Objeciones análogas se esgrimieron en su día contra el control judicial de constitucionalidad de las leyes, que han servido para subrayar las peculiaridades de este control y sus límites, no para negar su procedencia.

La división de los poderes no puede ser concebida como la atribución, con carácter de exclusividad, de cada una de las principales funciones públicas a conjuntos orgánicos determinados, por cuanto son múltiples los supuestos de interrelación y de mutua influencia entre cada uno de éstos. La razón fundamental que sigue proporcionando justificación a ese principio reside en el necesario aseguramiento de un equilibrio entre los poderes, en resguardo de la libertad y de la democracia. En tal sentido, el establecimiento por la Constitución de un tribunal o corte constitucional, u otra máxima instancia especializada en el control de la constitucionalidad, implica por definición un condicionamiento externo de la acción del legislador, que no tiene de suyo nada criticable, pues con ello se garantiza la supremacía de la Constitución y de los derechos que consagra, sin perjuicio del abuso en que puede eventualmente incurrirse en el ejercicio de ese control.

La aceptación de la fuerza normativa de la Constitución, hoy indiscutible, obliga a proteger la Norma Suprema de toda acción u omisión de los poderes públicos violatoria de sus disposiciones, sin que sea lícito reconocer al legislador un espacio de inmunidad al control judicial cuando el desconocimiento de la Constitución se origina en su inactividad. Frente a lo que ha sido denominado expresivamente como "agresión omisiva"[18] de la Constitución, el ordenamiento jurídico no puede mantenerse pasivo, sino que debe abrir caminos para la aplicación del control judicial de la constitucionalidad de la omisión legislativa y, de manera general, para asegurar la vigencia de la Constitución ante el proceder omisivo de uno de los poderes constituidos.

El legislador no está facultado para disponer sobre la obra del poder constituyente, ni siquiera cuando ésta pueda parecer en el futuro errada o inconveniente en sus consecuencias. Sin perjuicio de las posibilidades de adaptación de la Constitución a nuevas circunstancias, de la interpretación progresiva de sus preceptos e incluso de la mutación constitucional, la apelación al poder constituyente es la única vía válida para enmendar las disposiciones constitucionales que se estimen equivocadas, sin que sea lícito erigir al legislador en juez de la pertinencia y aplicabilidad de los preceptos constitucionales.

---

[17] Cf. las referencias de Villaverde, op. cit., pp. 31-32.

[18] Víctor Bazán, "Hacia la plena exigibilidad de los preceptos constitucionales: el control de las omisiones inconstitucionales", en Bazán (coord.), op. cit., p. 45.

En el ejercicio del control de constitucionalidad de las omisiones legislativas debe reconocerse al legislador un amplio margen de apreciación en la determinación de los recursos disponibles para el desarrollo de los preceptos constitucionales, así como para el establecimiento de las prioridades en materia económica y social y la fijación de la oportunidad de ese desarrollo legal, pero ello no ha de conducir a negar la viabilidad y licitud de tal control en un Estado social y democrático de Derecho. La posibilidad de armonizar las exigencias de control de constitucionalidad de las omisiones legislativas con el reparto constitucional de las funciones públicas se ha puesto de relieve en ordenamientos que poseen la acción específica y directa de inconstitucionalidad por omisión, como el Derecho portugués, en el que el Tribunal Constitucional ha reconocido al legislador cierta discrecionalidad en la determinación del momento en que debe ser dictada una regulación legal requerida por la Constitución "en lo tocante a una jerarquización y definición de prioridades de realización de los diversos fines estadales o de las diversas necesidades públicas".[19]

Lo que no puede aceptarse, como luego expondremos, es que el legislador ostente libertad para determinar si desarrolla los preceptos constitucionales y en qué medida lo hace, cualquiera sea su tipo o naturaleza, pues todos son componentes de un conjunto jurídico de normatividad inobjetable frente al legislador y demás órganos del poder público.

4. La supuesta vulneración del principio de legalidad y de la reserva legal

En íntima conexión con la objeción antes reseñada, se aduce que una intervención judicial dirigida a colmar una omisión legislativa representaría también un quebrantamiento del principio de legalidad y de la reserva legal, ya que los jueces no actuarían con sujeción a la ley sino, precisamente, en ausencia de ella, y establecerían, mediante sus sentencias, los criterios jurídicos aplicables en la materia carente de regulación legislativa, aun cuando ésta fuera de la expresa reserva legal. Según esta posición, claramente reseñada por Villaverde:

> El principio de legalidad y la reserva de la ley emergen, pues, como expresiones de la posición del legislador como custodio de la Constitución y de las libertades individuales en ella garantizadas. De otra forma, si no pesara sobre la actuación de la Administración y de los Tribunales la presunción *iure et de iure* de la constitucionalidad de la ley, se atribuirán, por mor de la eficacia directa de la Constitución, la facultad de desplazar en su aplicación a la ley que estimen contraria a la Constitución, o la de colmar las lagunas legislativas, interpretando y deduciendo por sí mismos reglas de derecho para el caso concreto que deban atender. Reglas que pueden alcanzar una eficacia similar a la de la ley si emanan de las sentencias de los Tribunales superiores, cuya función es la de unificar la doctrina jurisprudencial, o de normas reglamentarias de eficacia general. Si esto fuere así, se vaciaría de contenido el principio de legalidad y se vulneraría la reserva de ley al ser sustituido el legislador por los otros Poderes del Estado, cuando el sentido de ambos

[19] Sentencia 276/1989, citada por Fernández Rodríguez, op. cit., p. 155.

> principios es el de asegurar el carácter insustituible de la ley como mediadora entre la Constitución y el Estado y la Sociedad, y su función concretadora de las normas constitucionales en el seno del ordenamiento jurídico.[20]

Huelga apuntar que tal advertencia doctrinal descansa, en algunos aspectos, sobre una concepción de las relaciones entre los jueces y la legislación propia de los sistemas de control concentrado de la constitucionalidad, particularmente en lo que atañe al alcance que se atribuye a la presunción de constitucionalidad de la ley, que eximiría a ésta del control de los jueces ordinarios, sólo facultados para plantear la cuestión de inconstitucionalidad si estiman que la ley en principio aplicable al caso es contraria a la Constitución. Pero la objeción tiene una significación más general cuando se refiere a la tarea integradora que los jueces podrían desempeñar ante las omisiones legislativas, pues la existencia en un ordenamiento de un sistema de control difuso (o mixto) de la constitucionalidad no excluye la vigencia del principio democrático y del Estado de Derecho, en virtud de los cuales el órgano legislativo, como instancia deliberante y representativa, políticamente responsable, debe adoptar las decisiones jurídico-políticas de mayor trascendencia, las cuales, al quedar plasmadas en leyes, trazan el marco dentro del cual los tribunales han de cumplir la función jurisdiccional. Ello cobra especial importancia cuando se trata de las materias cuya regulación está constitucionalmente reservada al Parlamento.

Sin embargo, el principio de legalidad y la reserva legal no deben ser entendidos como un obstáculo a la labor de interpretación e integración del Derecho que los jueces están llamados a cumplir cotidianamente. El Estado de Derecho presupone la existencia de un Poder Judicial capaz de administrar justicia con independencia y de tutelar de manera efectiva los derechos constitucionalmente reconocidos, lo cual con frecuencia exigirá atemperar el texto de las disposiciones legales, en vista de las particularidades del caso, o reinterpretarlo a la luz de la Constitución, como también acudir a preceptos que regulen situaciones similares o a los principios generales del Derecho. Nada de esto choca con los principios señalados.

Pero la labor integradora desempeñada por los jueces ante las omisiones legislativas puede ir más allá, es preciso observarlo, de las facultades indicadas, que hoy son consustanciales a la función judicial. Este *plus* estriba en que, ante la falta de regulación legislativa en una materia que constitucionalmente la requiere, el juez, a partir de los datos que le ofrece el ordenamiento constitucional y legal pero sin que aquél predetermine una única solución como válida, procedería a cubrir la omisión legislativa para dotar de eficacia al precepto constitucional, con efectos en principio limitados al caso concreto pero que se generalizarían en virtud de reglas jurídicas que puedan entrar en juego, como la del precedente o la que establece, en nuestro Derecho, el carácter vinculante de las interpretaciones constitucionales sentadas por la Sala Constitucional.

---

[20] Villaverde, op. cit., p. 28.

Es aquí donde debe situarse el *quid* de la cuestión; no en la posibilidad de que los jueces integren lagunas *de la ley*, ante la necesidad de resolver un caso no previsto expresamente en ella pero que está comprendido por su programa normativo, lo cual está fuera de discusión, sino en la facultad de los tribunales para colmar una laguna *de la legislación* —que de acuerdo con la Constitución no debería existir—, ante la necesidad de resolver un caso respecto del cual la Constitución sólo establece algunos parámetros de solución, sin descender a todos los detalles, cuya determinación ha sido encomendada al legislador. Analizaremos con mayor detenimiento esta problemática cuando nos refiramos a lo que la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia ha denominado la "jurisdicción normativa". Por lo pronto, conviene afirmar que, si bien en principio sólo resulta lícito a los jueces constitucionales integrar lagunas *de la legislación* cuando es posible deducir de la Constitución la única solución correcta para el caso concreto sometido a su consideración, no puede descartarse completamente que, para no desconocer la eficacia del contenido mínimo o básico de alguna norma constitucional y dentro de los límites que se mencionarán, los tribunales deban integrar provisionalmente los parámetros constitucionales para dotarla de operatividad.

5. El abandono del supuesto axioma de la jurisdicción constitucional como legislador negativo

Con frecuencia se aduce, para fundamentar el rechazo a ciertas modalidades de control de la constitucionalidad de las omisiones legislativas, que los tribunales constitucionales deben mantenerse dentro del ámbito de su función específica, la cual consistiría, guardando fidelidad con el pensamiento de Kelsen, en actuar como un legislador negativo.

Es sobradamente conocida la caracterización kelseniana de los tribunales constitucionales como legisladores negativos, conforme a la cual la anulación de una ley como consecuencia necesaria de la declaratoria de su inconstitucionalidad sería una manifestación, e incluso un ejercicio, de poder legislativo, pero de signo negativo o abrogatorio. Al Parlamento, como legislador positivo, estaría reservada la creación de la ley, mientras que el Tribunal Constitucional participaría de la función legislativa negativamente, al anular las leyes que declare contrarias a la Constitución.

Al respecto, este autor sostuvo:

> El órgano al que está encomendada la anulación de las leyes inconstitucionales, aunque reciba —por la independencia de sus miembros— la organización propia de un Tribunal, no ejerce, sin embargo, verdaderamente una función jurisdiccional. En la medida en que se puede distinguir entre ellas, la diferencia entre la función jurisdiccional y la función legislativa reside ante todo en que ésta crea normas generales mientras que aquélla sólo crea normas individuales. (Puede dejarse aquí de lado el hecho de que incluso esta distinción de principio y, en particular, que el legislador —especialmente el Parlamento— puede dictar también normas individuales.) Ahora bien, anular una ley es dictar una norma general; porque la anulación de una ley tiene el mismo carácter de

> generalidad que su producción y no es, por así decirlo, sino producción con un signo negativo y, por tanto, una función legislativa. *Un Tribunal que tiene el poder de anular las leyes es, por consiguiente, un órgano con Poder Legislativo.* La anulación de las leyes por un Tribunal puede, pues, interpretarse con igual razón más como reparto del Poder Legislativo entre dos órganos que como una intrusión en el Poder Legislativo[21] [*sic*].

Obsérvese que Kelsen, con el ánimo de hacer más aceptable la introducción de la justicia constitucional en Europa y de obviar los reparos que ello podía generar desde una visión rígida de la separación de los poderes, aproximó los tribunales constitucionales cuya instauración preconizaba al Poder Legislativo, aunque sin perder de vista completamente la diferencia entre las funciones propias del Parlamento y las de los tribunales constitucionales. Él mismo aclararía que no pueden identificarse, pues la libre creación del Derecho para la que aquél está facultado difiere de la labor de un tribunal que, al anular una ley, debe actuar fundamentalmente en aplicación de las normas de la Constitución.[22]

Con todo, el pensamiento del autor sobre este asunto, inevitablemente teñido por su concepción general sobre el Derecho y la jurisdicción, no separaba cualitativamente el ámbito de la decisión política perteneciente al legislador de la esfera interpretativa e integradora del Derecho propia de los tribunales, incluyendo a los constitucionales. Al igual que en relación con las sentencias de tribunales que conozcan de cualquier otra materia (civil, penal o mercantil), y aún en mayor grado, los pronunciamientos dictados en ejecución del control de constitucionalidad de las leyes contendrían importantes elementos políticos: "Entre el carácter político de la legislación y el de la jurisdicción hay sólo una diferencia cuantitativa, no cualitativa".[23]

Ahondando en esta idea, Kelsen agregaría:

> La posibilidad de que una ley expedida por el órgano legislativo sea anulada por otro órgano, constituye una notable restricción al poder del primero. Esta posibilidad significa que, al lado del positivo, existe un legislador negativo, un órgano que puede integrarse de acuerdo con un principio totalmente diferente del que sirve de base a la elección del parlamento por el pueblo. En esta hipótesis, casi resulta inevitable un conflicto entre los dos legisladores, el positivo y el negativo. La pugna puede aminorarse si se establece que los miembros del tribunal constitucional deberán ser electos por el parlamento.[24]

Esta visión kelseniana de la afinidad entre la función de los parlamentos y la de los tribunales constitucionales, ambas significativamente unidas al tejido de la política, menosprecia la sustancia propiamente jurisdiccional del control judicial de la constitucionalidad de las leyes y no se corresponde con la evolución de la justicia constitucional en el Derecho comparado, signada más bien por el afinamiento de la técnica jurídica y por la búsqueda de la autoridad a través del Derecho. Sin embargo,

---

[21] Kelsen, *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, Tecnos, Madrid, 1995, p. 37-38.
[22] Kelsen, "La garantie jurisdictionnelle de la Constitution", *Revue de droit public*, 1928, p. 226.
[23] Kelsen, *¿Quién debe ser…?*, op. cit., p. 19.
[24] Kelsen, *Teoría…*, op. cit., p. 318.

históricamente ha tenido enorme repercusión la caracterización de la jurisdicción constitucional como legislación negativa, en el sentido de conferir a los órganos que ejercen dicha jurisdicción una misión revisora de leyes ya dictadas, encaminada a depurar el ordenamiento jurídico de aquellas contrarias a la Norma Fundamental.

Ello también ha incidido en la temática en estudio, pues nada o muy poco tendría que decir la jurisdicción constitucional ante la ausencia, total o parcial, de una previsión legal que de acuerdo con la Constitución debería existir. Ya no se trataría del cuestionamiento de una norma dictada, con el propósito de expulsarla del ordenamiento, sino de proteger la Constitución ante la omisión del legislador. El acervo conceptual sobre el cual se levantaron los tribunales constitucionales europeos, que ha influido significativamente en muchos países latinoamericanos, no era el adecuado para responder a esta exigencia de la supremacía y, sobre todo, de la fuerza normativa de la Constitución.

Pero la visión de la jurisdicción constitucional como legislación negativa, aunque ha repercutido poderosamente en el devenir de la justicia constitucional y ocasionalmente reaparece por inercia en la jurisprudencia, ha sido solamente un mito, que hoy se encuentra francamente superado.

Un mito, porque los postulados sobre los que se asienta el control de la constitucionalidad de las leyes, como lo son la garantía de la supremacía de la Constitución y de su fuerza normativa, y los principios que le imponen limitaciones, como la división de los poderes y el principio democrático, no exigen que los jueces o tribunales constitucionales actúen sólo negativamente, con pronunciamientos de efectos ablativos o supresores sobre la ley. Lo que reclaman es la protección de la Constitución frente a las acciones u omisiones legislativas, mediante instrumentos procesales que han de ejercerse sin usurpar la potestad legislativa, lo cual no necesariamente ha de lograrse, una vez que la inconstitucionalidad ha sido constatada, por medio de una sentencia anulatoria. La respuesta anulatoria puede en ocasiones resultar más dañina, desde la óptica de los bienes constitucionales involucrados y del principio de división de los poderes, que la supervivencia de la ley cuestionada hasta la intervención del legislador, en los términos y plazos que el propio fallo puede establecer; en otros casos, la anulación resulta simplemente imposible, como ocurre cuando nos hallamos ante una omisión absoluta del legislador.

Por éstas y otras razones que no sería pertinente abordar aquí, las cortes o tribunales constitucionales, europeos[25] y latinoamericanos,[26] acuden, cada vez con más frecuencia, a tipos de sentencia que difieren de la completa desestimación de la inconstitucionalidad y de la anulación inmediata del precepto, tales como las sentencias interpretativas, que determinan la significación que debe atribuirse al precepto para excluir la inconstitucionalidad o que desechan una interpretación del precepto consi-

---

[25] Jiménez Campo, op. cit., pp. 124 y ss.

[26] Germán Lozano Villegas, *El valor normativo de las sentencias de la Corte Constitucional,* Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2000.

derada contraria a la Constitución; las de nulidad parcial cualitativa (para algunos una modalidad de las anteriores), que sustraen del ámbito de aplicación de un precepto, sin alterar su texto, situaciones que podían estimarse incluidas en él; las que difieren los efectos anulatorios; las aditivas, llamadas así por la doctrina italiana porque extienden el alcance de un precepto a supuestos no comprendidos en el enunciado legal; y las de incompatibilidad con la Constitución o meramente declarativas de la inconstitucionalidad de la norma legal, desprovistas de efectos anulatorios, a menudo acompañadas de recomendaciones o exhortaciones dirigidas al legislador.

De ahí que en la doctrina española se haya aseverado que, ante las sentencias mediante las cuales los tribunales constitucionales rompen con el molde artificial que equiparaba su función a una legislación negativa:

> Poco han de valer exorcismos doctrinales en torno a una imagen del "legislador negativo" que no fue nunca realidad generalizada en sitio alguno y que hoy, resueltamente, carece de toda verosimilitud —por causa de la complejidad del ordenamiento— en cualquiera de los sistemas asentados de jurisdicción constitucional.[27]

En este contexto, pierde consistencia cualquier crítica al control de constitucionalidad de las omisiones legislativas que intente apoyarse en una concepción de la jurisdicción constitucional como legislación negativa,[28] por carecer de respaldo teórico y estar alejada de la realidad.

Es preciso, sin embargo, advertir que la transformación producida en el funcionamiento de los órganos de la jurisdicción constitucional, en lo que concierne a la diversificación de los fallos de inconstitucionalidad, no debe crear la falsa impresión de que ahora se perfilan como legisladores positivos, en virtud de las facultades que se les reconocen para dictar, junto a las clásicas sentencias anulatorias del precepto legal inconstitucional, pronunciamientos que salvan la ley cuestionada mediante su reconstrucción interpretativa o mediante una simple declaración de inconstitucionalidad acompañada de directrices sobre la forma en que debe ser corregida.

La jurisdicción constitucional, si quiere seguir siéndolo, no puede asumir la posición del legislador en el proceso de creación del Derecho. No es legislador ni negativa ni positivamente, pues cuando anula un precepto legal lo hace porque la preservación de la supremacía de la Constitución impone la exclusión de una ley incompatible con sus disposiciones, y cuando acude a otras modalidades de sentencias lo hace por entender que son un medio más efectivo y razonable para proteger la Constitución globalmente considerada, no porque pretenda establecer la regulación jurídica que le parezca más conveniente en una determinada materia. Tanto en el primero como en el segundo caso, la intervención de la jurisdicción constitucional puede tener una inci-

---

[27] Jiménez Campo, op. cit., p. 114.

[28] Como a veces se ha aseverado en la doctrina española; cf. las referencias de Fernández Rodríguez, op. cit., pp. 423 y 427.

dencia positiva sobre el legislador, por cuanto la anulación de un precepto legal frecuentemente motiva la aprobación de un precepto sustitutorio, conforme con la Constitución, elaborado teniendo en cuenta los fundamentos de la sentencia correspondiente. En ambos, por otro lado, puede resultar alterada la distribución constitucional de las funciones públicas, ya que la libertad de configuración normativa o libertad política del legislador se ve menoscabada por todo pronunciamiento que abandone los parámetros jurídicos que el Derecho constitucional ofrece y se centre en valoraciones de oportunidad o conveniencia, o que produzca un efecto normativo no querido por el legislador ni exigido por la Constitución, sin que sea relevante la forma expresiva, positiva o negativa, empleada en la sentencia.

No se pretende negar la carga política que suele ir adosada a los fallos constitucionales. Pero ello no debe conducir a desconocer la especificidad de la labor jurisdiccional cumplida por las cortes o tribunales constitucionales u órganos similares, los cuales han de resolver las cuestiones planteadas dentro de los linderos de la interpretación constitucional y del Derecho que le sirve de base, sin perjuicio de los ingredientes políticos que puedan entrar en juego.

Estas observaciones poseen especial relevancia en relación con la regulación de la declaratoria de inconstitucionalidad por omisión en la Constitución venezolana, pues en ésta se alude a la facultad de la Sala Constitucional para indicar, de ser necesario, los "lineamientos" que ha de seguir el legislador para reparar la omisión inconstitucional constatada (artículo 336, numeral 7), facultad que debe ser ejercida con suma prudencia y siempre con base en el Derecho, como luego explicaremos. En modo alguno cabe ver en esa previsión constitucional una invitación al cumplimiento, por la Sala Constitucional, de funciones legislativas de las que carece.

III. El concepto de omisión legislativa (inconstitucional)

1. Precisión terminológica

Son múltiples las perspectivas desde las cuales se examina el concepto de omisión legislativa, sin que exista coincidencia siquiera en relación con la terminología empleada para identificar la figura.

Esto se explica bien por diferencias de criterio respecto de su significación o alcance, bien por la variada regulación del instituto, o la ausencia de ésta, en los distintos países en que ha sido objeto de estudio.

Se suele emplear la expresión *inconstitucionalidad por omisión* para referirse a la figura, pero hay diferencias importantes al definir el abanico de situaciones comprendidas en ella. Así, algunos autores emplean tal expresión para aludir a violaciones de la Constitución derivadas no de una acción sino de una omisión del legislador, y sólo de éste;[29] en cambio, otros, bajo la óptica del ordenamiento jurídico que analizan, incluyen dentro de la inconstitucionalidad por omisión los diversos supuestos de inconstitucionalidad originados en la falta de producción de normas jurídicas, aunque

no deban emanar del legislador, como sucede en la doctrina argentina, dado que la Constitución de la provincia de Río Negro, única que contiene en ese país una regulación específica sobre la materia, no limita la acción de inconstitucionalidad por omisión al ámbito de actuación del legislador (provincial).[30]

Por otro lado, algunos consideran más exacta la alusión a la "dejación o inactividad" del legislador, por la vinculación del término *omisión* al Derecho penal y a la responsabilidad individual, mientras que para otros el vocablo *inactividad* posee una neutralidad de la que aquél carecería, al estar el concepto de omisión relacionado con la infracción de normas jurídicas, por lo que consideran preferible este último.[31]

En este sentido, es frecuente observar en la doctrina que el concepto de *omisión legislativa* implica por sí solo la inobservancia de la Constitución,[32] mientras que se acude a los términos *inactividad* o *silencio* cuando la pasividad del legislador no es censurable constitucionalmente, dado que la Constitución a menudo faculta al legislador pero no lo obliga a legislar en una materia determinada, amén de la existencia de silencios del legislador que desde el punto de vista temporal pueden ser tolerados.

En vista de tales divergencias, resulta conveniente, antes que perderse en la multiplicidad de términos y concepciones relacionados con la materia objeto de estudio, reiterar que en este trabajo se analizan los silencios o la inactividad del legislador desde la perspectiva del control judicial dirigido a proteger la Constitución de las violaciones a sus preceptos que de aquéllos puedan derivarse. Escapa a nuestros fines el examen del control judicial de la inactividad de la administración o de otros órganos del poder público en la adopción de normas cuya aprobación imponga el ordenamiento jurídico. Esta delimitación del ámbito de estudio encuentra justificación en la peculiaridad y trascendencia jurídico-constitucional de los problemas que plantea el control judicial de las omisiones legislativas, así como en las previsiones de la Constitución venezolana, que al referirse a una de las manifestaciones de ese control, en el numeral 7 del artículo 336, alude a la declaración de la inconstitucionalidad de las omisiones "del poder legislativo municipal, estadal o nacional". Por otro lado, la expresión *omisión legislativa* será usada como sinónimo de *inconstitucionalidad por omisión*, a menos que del contexto se desprenda que se emplea en el sentido neutral antes señalado. Seguidamente se ahondará en el concepto de omisión legislativa (inconstitucional).

---

[29] Fernández Rodríguez, op. cit., pp. 81 y ss.

[30] Cf. Sagüés, op. cit., pp. 109 y ss; y, del mismo autor, *La interpretación judicial de la Constitución*, Buenos Aires, Depalma, 1998, pp. 175 y ss.

[31] Cf. Fernández Rodríguez, op. cit., pp. 68 y ss.

[32] Cf. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional*, Almedina, Coimbra, 1995, p. 1089 y ss.

2. La omisión legislativa (inconstitucional)

Al aludir a la omisión legislativa obviamente nos estamos refiriendo a una inactividad del legislador en el desempeño de la función que, a pesar de las transformaciones operadas en el Estado constitucional, sigue marcando su distinción de las otras ramas del poder público: la de dictar leyes. La falta de aprobación de acuerdos u otros actos dictados en el cumplimiento de las demás funciones del Parlamento, con la denominación que en cada ordenamiento les corresponda, no queda comprendida dentro del concepto, lo cual no impide que el Derecho positivo extienda a estos supuestos el ámbito de ejercicio de la acción de inconstitucionalidad por omisión.

La omisión legislativa inconstitucional, o inconstitucionalidad por omisión, se produce cuando el legislador no observa, en un tiempo razonable o en el que haya sido fijado constitucionalmente, un mandato concreto de legislar impuesto, expresa o implícitamente, por la Constitución, o cuando, en el cumplimiento de la función legislativa, se dicta una regulación no acorde con la Constitución por haber sido omitidas previsiones que la Norma Suprema exigía.

Partimos, pues, de un concepto amplio de inconstitucionalidad por omisión legislativa, ya que no la circunscribimos al incumplimiento de mandatos constitucionales concretos de legislar, ni forma parte del concepto la falta de desarrollo de tales preceptos durante un tiempo "excesivamente largo".[33] Esta visión preponderantemente temporal de la inconstitucionalidad por omisión, de la que se hace eco la Exposición de Motivos de la Constitución de 1999, no abarca el universo de situaciones que pueden estar comprendidas bajo la inconstitucionalidad por omisión, y resulta limitativa de las posibilidades de defensa de la Constitución ante las omisiones legislativas.

La omisión legislativa inconstitucional se produce no sólo cuando se desconocen mandatos concretos de legislar, sino también cuando se regula una materia de manera incompleta o deficiente desde el punto de vista constitucional. Un mandato concreto de legislar es, por ejemplo, el previsto en la Disposición Transitoria Cuarta de la Constitución, en su numeral 6, por citar sólo uno de ellos, que obliga a la Asamblea Nacional a dictar, dentro del año siguiente a su instalación, "Una ley que desarrolle la hacienda pública estadal […]". La falta de aprobación de esta ley dentro de ese lapso representa sin duda una omisión legislativa, censurable a través de la acción de inconstitucionalidad por omisión. Pero también se incurre en inconstitucionalidad por omisión cuando se regula una materia en forma incompleta o deficiente a la luz de los requerimientos de la Constitución. Esto es lo que sucede cuando, violando el principio (y derecho) de igualdad, se excluye, de manera silente, a una categoría de personas o a un sector social del disfrute de un beneficio sin justificación, o cuando una normativa legal relativa a un derecho fundamental no recoge todas sus implica-

---

[33] Como sostiene Fernández Rodríguez, op. cit., pp. 85-86, entre otras.

ciones sobre las situaciones reguladas, entre otros supuestos. En estos casos no necesariamente estamos ante el desconocimiento de un mandato concreto de legislar, pero sí ante una inconstitucionalidad por omisión.

Además, para la existencia de una inconstitucionalidad por omisión no siempre se requiere del transcurso de un tiempo "excesivamente largo". Este elemento temporal es irrelevante cuando nos hallamos ante una omisión relativa del legislador fundada en la violación del principio de igualdad, por ejemplo. El factor temporal cobra relevancia ante las omisiones legislativas, absolutas o relativas, vinculadas al desarrollo de mandatos concretos de legislar, o encargos al legislador, en la terminología de Fernández Rodríguez. Pero no creemos que deba incluirse en el concepto de inconstitucionalidad por omisión la alusión al transcurso de un tiempo "excesivamente largo" o "demasiado largo". Resulta preferible aludir, siguiendo a Sagüés, al concepto de "plazo razonable",[34] no exento de contornos poco nítidos pero preferible a expresiones y visiones que ponen el acento en la discrecionalidad del legislador en la elección del momento en que ha de ser desarrollada una norma constitucional.

La alusión a la existencia de un mandato *concreto* de legislar, que tiene importancia en relación con algunas de las manifestaciones de la inconstitucionalidad por omisión, parte de la distinción entre las exigencias constitucionales concretas de legislar y el deber general de legislar que puede colegirse de ciertas normas-fin o normas-tarea abstractamente impositivas contenidas en las Constituciones. Entre las primeras se encontrarían, según Gomes Canotilho, las normas de la Constitución portuguesa que obligan al establecimiento y la actualización del salario mínimo nacional; a la organización, coordinación y financiamiento de un sistema de seguridad social unificado y descentralizado; y a la creación de un sistema nacional de salud. Entre las segundas, relacionadas con un deber general de legislar, se mencionan los principios rectores de la organización económica, como "promover el aumento del bienestar social y económico y de la calidad de vida del pueblo, en especial de las clases más desfavorecidas". La falta de desarrollo de estos principios sería contraria a la Constitución, "pero su concreción depende esencialmente de la lucha política y de los instrumentos democráticos […]".[35]

Se suele considerar que ni de los valores superiores o principios constitucionales, ni de la Constitución como conjunto normativo puede derivarse un mandato concreto de legislar.[36] Esto resulta aceptable hasta un cierto punto. Así, cabe afirmar que del reconocimiento del valor superior de la libertad y de la justicia, o de la proclamación del Estado como un Estado social, no se deducen tales mandatos. Pero no puede rechazarse de plano la presencia de éstos en normas contentivas de principios constitucionales, sobre todo si tenemos en cuenta los diversos sentidos en que se usa este

---

[34] "La acción de inconstitucionalidad…", op. cit., pp. 112 y ss.

[35] Gomes Canotilho, op. cit., pp. 1089-1090

[36] Fernández Rodríguez, op. cit., p. 87.

concepto, que incluso se emplea para referirse a los derechos fundamentales. En cualquier caso, importa observar que la imposibilidad de calificar una norma constitucional como generadora de un mandato concreto de legislar no implica que deba quedar fuera de consideración al apreciar la existencia de una inconstitucionalidad por omisión, ya no por la falta de desarrollo del mandato, sino por la regulación incompleta o deficiente de alguna materia, en contravención de la Constitución.

La referencia a un *mandato* constitucional de legislar implica que el legislador carece de libertad en cuanto a la determinación de la necesidad del desarrollo legislativo, pues el mandato entraña una orden o exigencia relativa a la aprobación de una norma. Así, encontramos un mandato de legislar en el artículo 70 de la Constitución, según el cual: "La Ley establecerá las condiciones para el efectivo funcionamiento de los medios de participación previstos en este artículo". Esta remisión a la ley no cumple sólo la función propia de la reserva legal, cual es habilitar exclusivamente al legislador para regular esta materia, sino que además comporta una orden de proceder en tal sentido.

En cambio, a menudo la Constitución remite al legislador la regulación de una materia sin imponerle el deber de hacerlo, por lo que no cabría hablar de mandato. Esta clase de remisiones la encontramos, por ejemplo, en el artículo 44, numeral 1, de la Constitución, con arreglo al cual la persona detenida por imputársele la comisión de un hecho punible "será juzgada en libertad, excepto por las razones determinadas por la ley y apreciadas por el juez o jueza en cada caso". Esta alusión a la ley no implica un mandato de legislar, sino que se traduce en la prohibición de que las excepciones al juzgamiento en libertad sean fijadas por una norma o acto distinto de la ley. Sin embargo, corresponde al legislador decidir si conviene establecer tales excepciones y en qué términos, que deben ser compatibles con la proclamación constitucional de la libertad personal y de la presunción de inocencia.

En estos supuestos de simple remisión y autorización al legislador para regular una materia, no existe mandato alguno de legislar, sino una facultad que el legislador puede emplear en uso de su libertad de configuración normativa, siempre dentro de los límites constitucionales. Por tanto, la falta de aprobación de la legislación correspondiente no comportaría una inconstitucionalidad por omisión.

El mandato concreto de legislar cuya falta de desarrollo puede originar una inconstitucionalidad por omisión no necesariamente ha de estar expresamente formulado en un precepto constitucional, como en alguna ocasión sostuvo el Tribunal Constitucional español.[37] Puede encontrarse implícito en tal precepto. Así, del artículo 81 de la Constitución se desprende un mandato concreto de legislar en relación con la promoción de la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad o necesidades especiales, a pesar de que la remisión a la ley contenida en este precepto no esté formulada de modo imperativo ("de conformidad con la ley"). Este mandato

[37] Cf. Fernández Rodríguez, op. cit., p. 418.

puede ser desarrollado mediante una ley especial o mediante la reforma de algunas leyes vigentes. Igualmente, del artículo 84 de la Constitución se colige un mandato concreto de legislar, aunque carezca de una remisión expresa a la ley.

Se ha criticado la inclusión, dentro de las manifestaciones de la inconstitucionalidad por omisión, de los supuestos en que el legislador permanece pasivo o silente ante un mandato de legislar, particularmente cuando nos hallamos ante una omisión absoluta y la Constitución no ha fijado un plazo para la aprobación de la normativa respectiva. En este sentido se ha expresado:

> El hecho de que la Constitución no imponga plazo alguno a los cometidos encomendados al legislador debe interpretarse, según nuestro parecer, como un permiso al legislador para que sea él quien decida sobre el momento oportuno para realizar la encomienda. Ese *juicio de oportunidad* pertenece al ámbito competencial del legislador y a nadie más. Por este motivo la cuestión del plazo es irrelevante para determinar si el silencio vulnera o no la Constitución, pues la existencia de la vulneración es independiente del transcurso del tiempo. El plazo, si la Constitución no lo impone expresamente, pertenece, a estos efectos, al mundo de la decisión política, no a la jurídica. El deber constitucional no consiste en hacer algo en un determinado plazo, sino en hacerlo desde el momento en que la Constitución está vigente; aunque la fijación de ese momento quede al albur de la decisión del legislador. Si el legislador puede decidir sobre cuándo cumplir con el permiso o la orden constitucional, su inactividad no puede interpretarse sin más contraria a la Constitución. La existencia del permiso constitucional sobre la determinación del momento temporal para cumplir la encomienda constitucional hace preciso, para transformar el silencio legislativo en una omisión inconstitucional, que ese silencio conserve o genere una situación contraria a la Constitución. Éste es el preciso instante en el que se infringe la Constitución, y no a partir del cómputo de cierto plazo *razonable* para cumplir con el mandato o permiso constitucionales. Ese permiso sobre el plazo para ejecutar el mandato recae sobre el cuándo, pero no sobre lo que la norma constitucional ordena o permite hacer, prescripciones que obligan desde la entrada en vigor de la Constitución.[38]

Para Villaverde, la omisión legislativa se produciría en virtud de una norma implícita (por lo general excluyente) que se derivaría del silencio del legislador, la cual podría dar lugar a la creación o conservación de una situación contraria a la Constitución. Frente a estas omisiones el remedio no consistiría en un control abstracto de la constitucionalidad de la omisión, sino en la utilización de los instrumentos ordinarios de la justicia constitucional para contrarrestar sus efectos, tales como el amparo ante el Tribunal Constitucional.

A nuestro juicio, el enfoque del autor, aunque tiene la virtud de poner de relieve la pluralidad de respuestas jurídicas articulables ante las omisiones legislativas y sus efectos, excluye sin razón del concepto de omisión inconstitucional supuestos que indudablemente lo conforman, como la falta de desarrollo de mandatos constitucionales de legislar dentro de un plazo razonable. Además, no podemos compartir la

---

[38] Villaverde, op. cit., p. 44.

tesis de que esté reservada al legislador la valoración sobre la oportunidad para la aprobación de las leyes exigidas por preceptos de la Constitución, por la sola circunstancia de que ésta no haya precisado el plazo específico en que cada una debe ser dictada. Por otro lado, la admisión de una acción directa y abstracta contra omisiones absolutas del legislador dependerá de la regulación de cada ordenamiento jurídico, y obviamente no impide la protección de la Constitución ante situaciones concretas lesivas de sus preceptos derivadas del silencio legislativo, aun antes de que éste merezca ser censurado, en abstracto, por inconstitucional. En el examen de la constitucionalidad de estas situaciones concretas, la razonabilidad del tiempo transcurrido puede jugar, por cierto, un papel relevante, en ocasiones determinante.

Es determinante cuando del propio precepto constitucional se deriva la necesidad de adaptar algunas situaciones jurídicas a las circunstancias imperantes en cada momento. Así, en Argentina, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, al conocer de un recurso extraordinario contra la sentencia dictada en una acción de amparo interpuesta por jueces que consideraban vulnerada la garantía de intangibilidad de las remuneraciones judiciales reconocida por la Constitución argentina, confirmó la protección de los actores ante la falta de actualización de sus sueldos a pesar de la inflación producida, omisión imputable al legislador.[39]

El paso del tiempo puede igualmente ser relevante en los casos de inconstitucionalidades por omisión que se derivan no de la completa ausencia de una regulación legal posconstitucional sobre alguna materia, sino de la falta de adaptación o mejora de tal regulación, ante un cambio de circunstancias que se aparta del pronóstico que sirvió de base a la legislación existente.[40]

Finalmente, es preciso referirse a una vertiente formal del concepto de omisión legislativa, como lo es la distinción entre los casos en que la inconstitucionalidad se subsume en el esquema clásico de las acciones legislativas y los que pertenecerían a la categoría de las omisiones legislativas. Al respecto, ha sido defendida la tesis de la intercambiabilidad entre impugnaciones por comisión o por omisión, o sea, la tesis según la cual la inconstitucionalidad por omisión observada en una ley siempre podría ser reconducida a una inconstitucionalidad por comisión o acción de la misma ley, por lo que la diferencia entre ambas categorías sería sólo una cuestión de perspectiva, carente de contenido sustancial.[41]

Tal tesis se ha propuesto, lógicamente, respecto de las omisiones relativas, pues es aquí donde podría presentarse la confusión. Estimamos, sin embargo, que sí existe una diferencia objetiva entra ambas modalidades de inconstitucionalidad: la inconsti-

---

[39] Cf. Bazán, op. cit., pp. 86 y ss.

[40] Cf. Klaus Schlaich, *Das Bundesverfassungsgericht*, Beck, Múnich, 1997, pp. 292 y ss.; Canotilho, op. cit. p. 1091.

[41] Es la tesis de Peter Lerche y Requejo Pages, recogida por Villaverde, op. cit., pp. 131 y 191, entre otras.

tucionalidad por acción legislativa se produce cuando lo sostenido o establecido en el texto legal es contrario a la Constitución, mientras que la inconstitucionalidad por omisión legislativa existe cuando el vicio de la ley reside no en lo que dice sino en lo calla. En ambos supuestos la ley estaría viciada de inconstitucionalidad, pero en el primer caso es posible referir directamente la ilicitud de la ley a lo afirmado en artículos, párrafos, frases o incisos de un precepto legal, en tanto que en el segundo ello no será posible, al estribar la ilicitud de la ley en su silencio o parquedad, contrarios a una exigencia constitucional.[42]

3. Clasificación de las omisiones legislativas

Son múltiples las clasificaciones de las omisiones legislativas que han sido efectuadas por la doctrina. No pretendemos exponerlas en su totalidad, sino tan solo referirnos, en primer lugar, a la de mayor aceptación, para luego ensayar una tipología que tenga en cuenta no tanto las dimensiones de la omisión, cuanto la causa que la produce.

A. Omisiones absolutas y relativas

Es bien conocida la distinción de Wessel entre omisiones legislativas absolutas y relativas. Las primeras se producirían en virtud de la total ausencia de desarrollo legal de la norma constitucional, mientras que las segundas implicarían la regulación parcial de una materia, con exclusión de supuestos o relaciones que no debían ser omitidos en atención al principio de igualdad. A partir de esta distinción se han incluido dentro de la omisión relativa o parcial otros casos en que el tratamiento incompleto o defectuoso de una materia lesiona la Constitución.[43]

La omisión absoluta lesiva de la Constitución presupone un deber de legislar no desarrollado, en tanto que la omisión relativa se origina no simplemente en la regulación parcial de una materia, que por sí sola no entraña inconstitucionalidad alguna, sino en la regulación parcial o incompleta de una materia cuando la Constitución exigía que tuviera mayor alcance. Al respecto, conviene aclarar que, como manifestación de su libertad de configuración normativa, el legislador puede optar entre dictar una regulación unitaria de una materia o hacerlo de manera parcial o sucesiva, a menos que la Constitución imponga el deber de seguir la primera alternativa.

Sin desconocer la importancia de esta clasificación general, es preciso esbozar los principales supuestos que pueden generar una omisión legislativa inconstitucional, sea ésta absoluta o parcial, que serán enunciados a continuación.

---

[42] En igual sentido, pero basándose en el concepto de norma implícita, véase Villaverde, op. cit., pp. 52 y 191.

[43] Cf. María Ángeles Ahumada Ruiz, "El control de constitucionalidad de las omisiones legislativas", *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, 8, 1991, p. 172.

B. Las omisiones legislativas según sus causas

a. Por inobservancia de mandatos concretos de legislar

El supuesto más claro de inconstitucionalidad por omisión, pese a que no está exento de polémicas y ulteriores distinciones, a las que ya nos referimos, es el del incumplimiento de mandatos constitucionales de legislar. Esta clase de omisiones, que Sagüés certeramente designa con la expresión *inconstitucionalidad por "mora"*,[44] suponen la falta de desarrollo legal de algún precepto constitucional dentro del plazo establecido por la Constitución o dentro del plazo razonable que se pueda deducir de las circunstancias. La inactividad del legislador durante esos lapsos es lo que permite hablar de una violación de la Constitución, aun cuando antes del vencimiento de los lapsos respectivos, el fijado por la Constitución o el que se derive de la valoración judicial, el legislador haya incurrido en una inactividad o silencio. Nótese que, cuando la Constitución prevé un lapso para la aprobación de alguna ley, suele establecer un plazo máximo, no un término, por lo que la sanción de la ley justo antes de que ese plazo venza no es indiferente para la Constitución, aunque no pueda ser tildada de inconstitucional. Algo similar ocurre con las omisiones legislativas que puedan ser calificadas de razonables, a pesar de su duración, en atención a las particularidades de cada caso.

b. Por violación (omisiva) de directrices constitucionales sobre el contenido de las leyes

En íntima conexión con el supuesto anterior se encuentran los casos en que los preceptos constitucionales enuncian directrices sobre el contenido de las leyes que sean dictadas para desarrollarlos, cuyo incumplimiento puede revestir la forma de la omisión legislativa. Se trataría de omisiones relativas, pues no habría una absoluta dejación legislativa, sino una actuación legislativa que merece ser censurada por parcial o incompleta a la luz de lo ordenado por el precepto constitucional. Así, la legislación que debe dictarse para proteger los derechos de los pueblos y comunidades indígenas, en los términos del artículo 119 de la Constitución, sería inconstitucional, por omisión, si no garantiza su participación en la demarcación del hábitat indígena, como también lo sería la legislación sobre régimen municipal, si no establece las opciones para la organización del gobierno y administración local en los municipios con población indígena, a tenor del artículo 169 de la Constitución.

c. Por incumplimiento del deber de protección de los derechos constitucionales

La teoría general de los derechos fundamentales ha evolucionado, en medio de importantes polémicas que no pueden considerarse cerradas, en la dirección de añadir

[44] Sagüés, "La acción de inconstitucionalidad…", op. cit., p. 112.

a la sustancia original de los derechos fundamentales como derechos subjetivos que reconocen al individuo esferas de libertad, elementos objetivos que, sin negar esa base subjetiva, enfatizan su significación institucional o general en el sistema jurídico, así como las implicaciones de la función objetiva que tales derechos están llamados a cumplir en un Estado social y democrático de Derecho.

Expresión de esa conceptualización de los derechos fundamentales es el reconocimiento de los deberes de actuación o prestación que la consagración constitucional de estos derechos comporta para el Estado, entre los cuales sobresale la obligación de protegerlos de las amenazas o daños que puedan sufrir por la acción de los órganos del poder público o de los particulares. A partir de la influyente, aunque no exenta de críticas, construcción doctrinal de Häberle sobre los derechos fundamentales en el Estado de prestaciones, se han desarrollado tales obligaciones de protección (*Schutzpflichten*), en virtud de las cuales, por ejemplo, la libertad de expresión obligaría al Estado a dictar medidas, normalmente legislativas, para asegurar un mínimo pluralismo en el ámbito de los medios de comunicación y su independencia respecto del Estado; los derechos a la vida y a la integridad personal, en conexión con el deber de preservar un ambiente sano, habrían de traducirse en la necesaria existencia de procedimientos participativos para la adopción de las decisiones públicas que afecten dichos bienes jurídicos; y la libertad científica, en el ámbito universitario, exigiría garantías de organización y de procedimiento (y participación) adecuadas para que ese derecho pueda ejercerse efectivamente.[45]

A ello se suman las obligaciones internacionales del Estado venezolano en materia de derechos humanos, entre las que sobresale la obligación de respeto y garantía de estos derechos consagrada en los principales tratados internacionales sobre derechos humanos, hoy constitucionalizados (artículo 23), la cual implica no sólo una abstención de las autoridades, sino también el deber de amparar estos derechos frente a las lesiones de que puedan ser objeto.

Pues bien, la inconstitucionalidad de la ley que regule o afecte un derecho constitucional puede derivarse del incumplimiento de ese deber de protección, que frecuentemente se originará en una omisión de la ley correspondiente, aunque no exista una directriz específica en el artículo que consagra el derecho de que se trate. Es preciso aclarar, no obstante, que el control judicial ejercido frente a estos defectos o insuficiencias de la legislación no estaría dirigido a asegurar un nivel óptimo de protección de tales derechos, sino un mínimo imprescindible.

---

[45] Véase Robert Alexy, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, pp. 454 y ss.; Michael Sachs, *Verfassungsrecht II (Grundrechte*), Springer, Berlín-Heidelberg-Nueva York, 2000, pp. 41 y ss.

d. Por desconocimiento del reparto constitucional de competencias

En ocasiones la jurisprudencia constitucional ha acudido implícitamente a la figura de la omisión legislativa al examinar leyes contrarias al reparto constitucional de competencias, que no reconocían la participación de los entes federados en la toma de decisiones que incidían en competencias concurrentes o compartidas. Las leyes violatorias de ese reparto competencial a menudo lo serán por acción, pero en ocasiones emerge la figura de la inconstitucionalidad por omisión.

Es ilustrativo un caso de la jurisprudencia constitucional española examinado por Jiménez Campo, que podría visualizarse bajo la óptica de la inconstitucionalidad por omisión. La Ley General Presupuestaria, en una materia que repercutía en las competencias de las Comunidades Autónomas, tan sólo establecía que éstas debían ser "oídas", lo cual fue considerado insuficiente por el Tribunal Constitucional, que exigió al legislador articular una forma más intensa de cooperación.[46]

e. Por vulneración del principio de igualdad

Como ya señalamos, los casos más emblemáticos de inconstitucionalidad por omisiones relativas del legislador se relacionan con la exclusión (silente) de algunas categorías de personas o situaciones del ámbito de aplicación de un precepto que concede algún beneficio, contraviniendo el principio de igualdad, que también representa un derecho constitucional.

La jurisprudencia constitucional alemana ha declarado, por ejemplo, la incompatibilidad con la Ley Fundamental (artículo 3, inciso 2) de una norma de una ley estadal que garantizaba a las mujeres trabajadoras con un hogar a su cargo un día libre al mes para el trabajo en casa, pero que no decía nada respecto de los hombres.[47]

La expresión *exclusión arbitraria o discriminatoria de beneficio*, bajo el influjo de la jurisprudencia constitucional alemana, comprende estos supuestos, que ofrecen ciertas dificultades desde el costado de la respuesta jurídica adecuada para afrontarlos. Los tribunales constitucionales han encarado, sin embargo, estas omisiones legislativas, bien sea a través de los pronunciamientos meramente declarativos de la inconstitucionalidad omisiva de la ley, que remiten por entero al legislador la corrección de la inconstitucionalidad, bien sea mediante sentencias que, adicionalmente, exhortan a los jueces ordinarios para integrar en los casos concretos las lagunas generadas hasta que se produzca la intervención legislativa, o extienden inmediatamente los efectos de la ley a las situaciones indebidamente preteridas, como luego reiteraremos.

---

[46] Op. cit., p. 124.
[47] Cf. Schlaich, op. cit., p. 281

4. Omisión legislativa, lagunas jurídicas y aplicación directa de la Constitución

Con frecuencia se relaciona el concepto de omisión legislativa con el de laguna, bien para subrayar sus profundas diferencias, bien para poner de relieve su íntima conexión. Conviene aproximarnos a la distinción entre ambas nociones, para luego examinar el importante papel de la aplicación directa de las normas constitucionales como respuesta jurídica ante la inactividad del legislador.

Las lagunas legales han sido definidas como "una incompletez contraria al plan de la ley".[48] Se trata, pues, de la ausencia de una regulación legal en relación con un asunto que, de acuerdo con el plan de la ley, objetivamente considerado, debió haber sido resuelto por ésta. A falta de esa solución expresa y específica en la ley, el juez acude generalmente a la analogía o a los principios generales del Derecho para la integración de la laguna.

La laguna no implica, a diferencia de la omisión legislativa (inconstitucional), tal como sostuvo Mortati, la desatención de una obligación jurídica de hacer,[49] pues no existe un deber jurídico de regular todos los supuestos posiblemente comprendidos dentro del plan de la ley. La existencia de lagunas es, más bien, un fenómeno absolutamente normal en la dinámica del Derecho que no merece en sí mismo censura alguna. La falta de aprobación de leyes exigidas por la Constitución, dentro de un plazo razonable o dentro del que fije la propia Constitución, o la regulación incompleta o deficiente de una materia, en contravención a lo dispuesto en la Constitución, sí es censurable, en cambio, desde una óptica jurídico-constitucional.

La diferencia fundamental, sin embargo, que generalmente pasa inadvertida, entre la omisión legislativa y la laguna estriba en que esta última en principio presupone la necesidad y la posibilidad de ser colmada mediante los métodos jurídicos de integración,[50] mientras que la primera no. Se habla de laguna cuando la ley reclama una solución jurídica en relación con un caso no contemplado en ella y que debe ser resuelto, atendiendo al plan de la ley, mediante la integración. En cambio, la omisión legislativa es un no hacer del legislador que, según las circunstancias, puede merecer el reproche de la inconstitucionalidad, pero no necesariamente implica ni genera una laguna. La falta de sanción de la legislación sobre las haciendas públicas estadales o sobre el cuerpo de policía nacional, por ejemplo, comporta una inconstitucionalidad por omisión, al haber transcurrido el plazo establecido en la Constitución para su aprobación, pero no genera una laguna en sentido estricto, que pueda ser llenada me-

---

[48] Karl Larenz, *Metodología de la Ciencia del Derecho,* Barcelona, Ariel, 1994, p. 366.

[49] En relación con la tesis de Mortati sobre el concepto de omisión legislativa, cf. Ahumada, op. cit., pp. 170-171 y 177.

[50] Sobre la existencia de lagunas no colmables según los métodos jurídicos ordinarios, cf. Larenz, op. cit., pp. 396 y ss.

diante la integración. Simplemente se mantiene el *statu quo* imperante hasta que el legislador actúe.

Las omisiones legislativas pueden, no obstante, producir lagunas. Es lo que ocurre cuando, al intentar aplicar preceptos inmediatamente operativos de la Constitución pero que reclaman una intervención del legislador para asegurar su plena eficacia, el juez se encuentra con una omisión legislativa generadora de una laguna que lo lleva a acudir a las técnicas de integración.

Éste fue el camino que debieron seguir nuestros tribunales de instancia, primero, y la Corte Suprema de Justicia, después, para dar operatividad al amparo constitucional previsto en el artículo 49 de la Constitución de 1961. En vista de la mora del legislador en la aprobación de la regulación del amparo, tuvieron que acudir a la analogía para determinar las reglas de competencia y de procedimiento aplicables hasta que fuera dictada la ley respectiva. En este caso la laguna consistía precisamente en la ausencia de previsión legal respecto de la competencia para conocer de esa acción y del procedimiento que debía seguirse para su tramitación, lo cual, sobre todo después de haber transcurrido más de veinte años desde la entrada en vigor de la Constitución, no podía ser un impedimento para que la Corte Suprema de Justicia, en su célebre sentencia del 20 de octubre de 1983 (caso *Andrés Velásquez*), reconociera y facilitara la vigencia del instituto. En esa ocasión, el Supremo Tribunal, en Sala Político Administrativa, declaró:

> Al admitir la posibilidad del ejercicio actual del recurso de amparo, no puede la Corte dejar de advertir que los Tribunales de la República deben hacer *un uso prudente y racional* de la norma contenida en el artículo 49 de la Constitución, tratando de suplir por medio de la analogía y demás instrumentos de interpretación de que los provee el sistema jurídico venezolano, la lamentable ausencia de una ley reglamentaria de la materia.

La jurisprudencia española ofrece muestras de la función que puede cumplir la aplicación directa de la Constitución y la integración judicial del Derecho en la reparación de la inconstitucionalidad por omisión. Así, el Tribunal Constitucional, ante la falta de desarrollo legislativo del derecho de objeción de conciencia (artículo 30.2 de la Constitución española), el cual permite que sean eximidos del cumplimiento de obligaciones militares quienes rehúsen hacerlo por razones de conciencia, en los términos legalmente establecidos, afirmó:

> Es cierto que cuando se opera con esa reserva de configuración legal el mandato constitucional puede no tener, hasta que la regulación se produzca, más que un mínimo contenido que en el caso presente habría de identificarse con la suspensión provisional de la incorporación a filas, pero ese mínimo contenido ha de ser protegido, ya que de otro modo el amparo previsto en el artículo 53.2 de la Constitución carecería de efectividad y se produciría la negación radical de un derecho que goza de la máxima protección constitucional en nuestro ordenamiento jurídico. La dilación en el cumplimiento del deber que la Constitución impone al legislador no puede lesionar un derecho reconocido en ella.

> Para cumplir el mandato constitucional es preciso, por tanto, declarar que el objetor de conciencia tiene derecho a que su incorporación a filas se aplace hasta que se configure el procedimiento que pueda conferir plena realización a su derecho de objetor.[51]

En consecuencia, frente a la inactividad del legislador y dada la existencia de una materia que debía ser regulada por la ley, el Tribunal dicta un fallo que, sin llegar a establecer que debe reconocerse como objetor a todo aquel que alegue tal condición, al margen de toda regulación, otorga protección al derecho constitucional hasta que el legislador intervenga, mediante la suspensión de la obligación de incorporación a filas en relación con quienes hagan valer esa condición. De esta forma se garantizaba el "contenido mínimo", inmediatamente aplicable, de ese derecho constitucional, respetando a la vez la "reserva de configuración legal".

Se ha sostenido que los supuestos en que procede la aplicación inmediata de una norma constitucional excluyen la existencia de una laguna y, por tanto, la integración, a pesar del silencio legislativo.[52] Esta aseveración resulta, sin embargo, discutible. Si la norma constitucional regula de manera autosuficiente una materia o asunto, sin requerir de complementación legislativa para asegurar su plena eficacia (cuando reconoce el derecho del detenido a comunicarse inmediatamente con una persona de su confianza, o cuando prohíbe la censura, por ejemplo), es obvio que la ausencia de regulación legal no puede calificarse de laguna, porque ni siquiera estamos en presencia de una omisión legislativa. Cosa distinta ocurre cuando la norma constitucional reclama una complementación legal; así, en la sentencia antes citada, la omisión legislativa generó una laguna en cuanto al tratamiento que debían recibir los casos que se presentaran antes de la aprobación de la ley correspondiente, la cual fue colmada por el Tribunal Constitucional mediante la aplicación directa del "contenido mínimo" del derecho constitucional. La circunstancia de que una laguna pueda ser llenada fácilmente no implica su inexistencia, sobre todo si tenemos en consideración que normalmente las lagunas se constatan después que el aplicador del Derecho ha hallado en el ordenamiento la norma o principio que permite dar al caso planteado una solución adecuada.

Algo similar sucedió con la citada sentencia de nuestro Supremo Tribunal del 20 de octubre de 1983: la omisión legislativa no obstaba a la operatividad inmediata del derecho al amparo consagrado en el artículo 49 de la Constitución, pero había una laguna en lo relativo a la competencia judicial y al procedimiento, que debía ser llenado por los jueces ordinarios mediante la analogía, básicamente, siguiendo las directrices sentadas por el Máximo Tribunal.

Luego mencionaremos otros ejemplos de nuestra jurisprudencia y aludiremos al problema de las lagunas no colmables mediante la intervención judicial.

---

[51] STC 15/1982.

[52] Villaverde, op. cit., p. 73-74, entre otras.

IV. El control judicial de las omisiones legislativas

1. Consideraciones previas

Antes dijimos que era importante tener una visión de conjunto de las respuestas jurídicas que, tanto en el nuestro como en otros ordenamientos jurídicos, se ofrecen para proteger la Constitución frente a las omisiones legislativas, más aún al ser disímiles las manifestaciones que éstas pueden tener, como también el tratamiento jurídico que merecen.

La experiencia comparada enseña que la acción específica o directa de inconstitucionalidad por omisión es sólo uno de los instrumentos, no siempre adecuado, que puede emplearse para controlar los silencios del legislador. Antes o paralelamente a su reconocimiento en algunos países como un mecanismo de control de las omisiones legislativas, se desarrollaron formas de control de éstas en el plano de la aplicación judicial del Derecho o de las vías tradicionales de control de la constitucionalidad de las leyes, que siguen teniendo vigencia.

Sin ánimo de exhaustividad, presentaremos un elenco de esas respuestas jurídicas, la mayoría de las cuales son extensibles al Derecho venezolano, que también ha realizado contribuciones importantes, para luego examinar en particular la acción de inconstitucionalidad por omisión.

2. Mediante instrumentos jurídicos generales

A. La aplicación directa de la Constitución y la integración normativa (en procesos constitucionales u ordinarios)

Hoy no es posible sostener la categoría de las normas constitucionales meramente programáticas, al menos en el sentido que se atribuyó a esta expresión en nuestro país antes de la célebre sentencia de la extinta Corte Suprema de Justicia, en Sala Político Administrativa, del 20 de octubre de 1983 (caso *Andrés Velásquez*). A partir de esta sentencia, y de la praxis judicial que acompañó el ejercicio del amparo constitucional en los distintos tribunales de la República, se creó una sólida conciencia sobre la fuerza normativa de todos los preceptos constitucionales, y sobre su operatividad, particularmente de los que consagran derechos constitucionales, a lo cual ahora se suma el reconocimiento de la aplicabilidad directa e inmediata de los tratados internacionales sobre derechos humanos, que está en consonancia con la confirmación constitucional del principio de eficacia de todo derecho inherente a la persona, aun a falta de ley reglamentaria (artículos 22 y 23 de la Constitución).

Ello no impide, sin embargo, diferenciar entre variados grados de operatividad de las normas constitucionales, para lo cual algunos autores latinoamericanos emplean, con un alcance diverso al que tuvo entre nosotros, el concepto de normas programáticas.[53] Sin pretender ahondar en esta temática, resulta claro, por ejemplo, que

---

[53] Véase Sagüés, *La interpretación…*, op. cit., pp. 178 y ss.

no es idéntica la eficacia del artículo 57 de la Constitución, que consagra la libertad de expresión, o de su artículo 236, numeral 9, que faculta al Presidente de la República, en Consejo de Ministros, para convocar a la Asamblea Nacional a sesiones extraordinarias, con la de sus artículos 296, en lo que atañe a la facultad de la sociedad civil de postular a tres de los integrantes del Consejo Nacional Electoral, o 312, conforme al cual la ley debe fijar límites al endeudamiento público. Aunque todos son preceptos con fuerza vinculante, los últimos requieren de la intervención del legislador para alcanzar plena eficacia.

Al respecto, interesa poner de relieve que, cuando la naturaleza de la norma constitucional lo permite y, concretamente, cuando la Constitución no reserva al legislador la realización de una valoración y elección política en temas económicos o sociales, las omisiones legislativas pueden ser arrostradas mediante la aplicación inmediata y directa del precepto constitucional no desarrollado, aunada en ocasiones a la integración de la laguna normativa que esa omisión haya generado. Esta función aplicativa de la Constitución e integradora de lagunas relacionadas con omisiones legislativas puede desempeñarse no sólo en los procesos de amparo, aunque sea éste el canal que con gran frecuencia se empleará para hacer frente a ciertos efectos de los silencios legislativos, sino en cualquier tipo de proceso, cuando sea necesario para resolver casos concretos y la laguna sea colmable jurídicamente.

Ello sucedió, como antes subrayamos, con el artículo 49 de la Constitución de 1961, en materia de amparo, lo cual puede aplicarse a preceptos de la Constitución vigente. Así, a pesar de que el artículo 44 de la Carta Fundamental dispone que toda detención o privación de libertad debe fundarse en una orden o decisión judicial, salvo caso de flagrancia, la legislación aún no ha previsto la intervención judicial en relación con privaciones de libertad practicadas al margen del proceso penal, que dentro de ciertos límites resultan admisibles, como la detención de extranjeros que se encuentren ilegalmente en el país a los fines de su expulsión, la cual, de acuerdo con la legislación de extranjería, hoy es meramente administrativa. En estos supuestos los jueces pueden acudir a la analogía para suplir la falta de la previsión legal sobre la competencia y el procedimiento judicial relativos al ejercicio de ese control judicial automático, no dependiente de instancia de parte, guiándose tal vez por la regulación constitucional y legal del amparo de la libertad personal. Lo anterior no excluye, dicho sea de paso, el efecto derogatorio directo de la Constitución de 1999 y de 1961 sobre disposiciones que establecen sanciones administrativas privativas de la libertad, previstas especialmente en los Códigos de Policía de los estados.

En el Derecho comparado es célebre la sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán que, ante la falta de cumplimiento por el legislador del mandato constitucional de procurar la igualdad de condiciones entre los hijos matrimoniales y los extramatrimoniales (artículo 6, inciso 5, de la Ley Fundamental), y dado que había vencido con creces el plazo establecido por la Constitución para el mantenimiento de la vigencia de la legislación preconstitucional sobre ésta y otras materias relacionadas

con el principio de igualdad (artículo 117, inciso 1, de la Ley Fundamental), facultó a los jueces ordinarios para aplicar directamente el artículo 6, inciso 5, e integrar las lagunas derivadas de la falta de desarrollo legislativo. Para el Tribunal Constitucional esta aplicación directa era posible por el vencimiento del plazo fijado en el artículo 117, inciso 1, cuya finalidad era permitir al legislador la adaptación de la legislación preconstitucional, y por el contenido positivo y claro del precepto constitucional.[54]

También la jurisprudencia constitucional española, mediante la aplicación inmediata de la Constitución, ha superado omisiones legislativas y ha reconocido la eficacia, plena o parcial, de los preceptos constitucionales en juego. Así lo hizo en relación con el derecho de objeción de conciencia, en el caso ya examinado; el derecho del español que no hable castellano a gozar del derecho a un intérprete público, pese al silencio del legislador; el derecho a la libertad de expresión y comunicación de las televisiones por cable de ámbito local, entonces no reguladas por la normativa sectorial correspondiente, lo cual no debía entenderse como una prohibición, sino más bien como un ejercicio libre del derecho; y el derecho a la protección de datos personales, cuyo "contenido mínimo" debía asegurar pese a la ausencia de desarrollo legislativo. También ha acudido a la legislación preconstitucional para colmar lagunas ligadas al ejercicio del derecho de reunión, de la cual se sirvió para determinar el procedimiento aplicable en orden a la "comunicación previa" a la autoridad de las reuniones en lugares de tránsito público o de manifestaciones, aunque considerando derogada por la Constitución la exigencia de "autorización previa".[55]

Importa aclarar que, ante un silencio del legislador en relación con alguna forma de ejercicio de un derecho constitucional, la solución no siempre será la admisión de su despliegue irrestricto, hasta que intervenga el legislador. Muestra de ello es la jurisprudencia sobre la objeción de conciencia, ya citada, que procura garantizar un "contenido mínimo" del derecho, al estar involucrados elementos entregados por la Constitución a la "configuración legal". El reconocimiento de los supuestos en que esa solución es correcta no es sencillo, como lo pone de manifiesto la decisión del Tribunal Constitucional español en la que estableció, en aparente contradicción con lo decidido respecto de la televisión local por cable, que la televisión local por ondas hertzianas no podía desarrollarse sin marco regulatorio previo, dada la imposibilidad de que dicho Tribunal asumiera la función de ordenación o asignación de frecuencias.[56]

Han sido planteadas algunas ideas en relación con las lagunas originadas en omisiones legislativas que no serían subsanables mediante la integración normativa. En tal sentido, se ha expresado que no es posible hacerlo:

---

[54] Cf. Fernández Segado, op. cit., pp. 19 y 20.

[55] Un examen de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español en esta materia puede encontrarse en Fernández Rodríguez, op. cit., pp. 411 y ss.

[56] Ibídem, p. 441.

- Cuando la regla de derecho necesaria no es deducible de los principios y normas constitucionales. No cabe la "concretización".
- Cuando la adopción del derecho que colma la laguna es ejercicio de una opción política (ámbito de discrecionalidad del legislador).
- En los propios límites del empleo de la analogía:
  a) La aplicación analógica es incompatible con el principio de legalidad penal (STC 75/84,27 de junio, FJ 5 y 6). De acuerdo también con el tenor del artículo 4.2 Cc.
  b) Es imposible cuando el legislador ha pretendido regular restrictivamente una materia ("singularia non sunt extendenda"). Son los supuestos en que la omisión se identifica con exclusión.
  c) La analogía no es utilizable para restringir derechos ("odiosa sunt restingenda").
  d) No se puede suplir por vía analógica la falta de desarrollo legal. Son éstos, entre otros, los supuestos de omisión "absoluta".[57]

Estos criterios orientadores merecen alguna matización a la luz de la praxis de los tribunales constitucionales. Así, en ocasiones el juzgador se ve forzado a acudir a la analogía para hacer viable algún precepto constitucional aún no legislado, a pesar de que la solución "extrapolada" no necesariamente se deduce de la Constitución, hasta el punto de que el legislador puede apartarse de ella cuando regule la materia. Esto luce aceptable sobre todo cuando se trate de aspectos adjetivos o procedimentales complementarios a la normativa constitucional. Por otro lado, si el legislador ha pretendido regular restrictivamente una materia y ello se traduce en una omisión legislativa excluyente y discriminatoria, no está completamente descartada la extensión de la regulación de que se trate al sector o a la categoría de personas omitida, cuando ella sea la única solución compatible con la Constitución y no resulte menoscabada la libertad del legislador en cuanto a la determinación del alcance económico de ciertas prestaciones o beneficios a cargo del Estado. Ejemplo de ello es, en parte, la sentencia del Tribunal Constitucional español que, al declarar inconstitucional la exclusión (silente) de las parejas de hecho del régimen de subrogación arrendaticia, aplicable en caso de fallecimiento de alguno de los cónyuges según la legislación preconstitucional, facultó a los jueces para extender esa regulación, al resolver demandas concretas, "a quien hubiese convivido de modo marital y estable con el arrendatario fallecido".[58]

La integración de lagunas generadas por exclusiones legislativas (silentes) plantea, en los sistemas de control concentrado de la constitucionalidad de las leyes, problemas especiales, pues los jueces ordinarios no podrían rechazar la ley omisiva; pero en casos como el citado, el pronunciamiento previo del Tribunal Constitucional los habilita para tal intervención integradora.

---

[57] Ahumada, op. cit., p. 178.
[58] STC 222/1992.

La jurisprudencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia ha dado pasos interesantes en cuanto a la cobertura de lagunas originadas en silencios legislativos, a los que nos referiremos a continuación.

B. La llamada "jurisdicción normativa"

La labor de cubrir vacíos normativos relacionados con silencios legislativos realizada por la Sala Constitucional del Máximo Tribunal venezolano ha sido calificada recientemente por ésta como "jurisdicción normativa", en la sentencia del 22 de agosto de 2001, dictada en el caso *ASODEVIPRILARA*. No obstante, dicha labor se remonta a sus primeras decisiones y ha signado la jurisprudencia constitucional posterior, por lo que tal sentencia ha venido sólo a sistematizar elementos anteriores y a precisar algunas ideas sobre el alcance y justificación de esa jurisprudencia.

En efecto, desde los fallos dictados en los casos *Emery Mata Millán* y *Domingo Gustavo Ramírez Monja*, del 20 y 21 de enero de 2000, la Sala Constitucional debió afrontar la cuestión de la aplicabilidad inmediata de las normas constitucionales y de la necesidad de cubrir lagunas normativas cuando fuera imprescindible para dotarlas de eficacia. En particular, la Sala se pronunció sobre la posibilidad de ejercer la facultad de revisión de sentencias prevista en el numeral 10 del artículo 336 de la Constitución, aunque no hubiese sido dictada la regulación legal a la que ese mismo numeral remite. La Sala sostuvo:

> Si bien es cierto, que la Constitución dispone la promulgación de una Ley Orgánica para regular el ejercicio de la facultad prevista en el numeral 10 del artículo 336 de la Constitución, es principio aceptado en la doctrina constitucional, que los preceptos orgánicos son de inmediata aplicación por todos los poderes públicos, y, en particular, por los órganos a los que la disposición constitucional se refiere. Existan o no las normas que desarrollen la regulación constitucional, ésta es plenamente eficaz por sí misma y, por lo tanto, establece pautas para el funcionamiento del órgano al que se refiera la norma constitucional. En consecuencia, aun cuando no haya sido dictada la ley que desarrolle el precepto constitucional, la disposición contenida en el numeral 10 del artículo 336 de la Constitución, es de aplicación inmediata por la Sala Constitucional.

Luego reiteró: "[…] las instituciones constitucionales deben entrar en vigor de inmediato, cuando fuera posible, sin esperar desarrollos legislativos ulteriores", y concluyó en el sentido siguiente:

> […] considera esta Sala que en forma selectiva, sin atender a recurso específico y sin quedar vinculado por peticiones en este sentido, la Sala por vía excepcional puede revisar discrecionalmente las sentencias de amparo que, de acuerdo a la competencia tratada en ese fallo, sean de la exclusiva competencia de los Tribunales de Segunda Instancia, quienes conozcan la causa por apelación y que por lo tanto no susceptible de consulta, así como cualquier otro fallo que desacate la doctrina vinculante de esta Sala, dictada en materia constitucional, ello conforme a lo dispuesto en el numeral 10 del artículo 336 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

De esta forma, a pesar de que la Sala afirmó que en supuestos como éste la regulación constitucional "es plenamente eficaz por sí misma", terminó admitiendo

implícitamente la existencia de una laguna y procedió a colmarla, indicando el modo en que ejercería la facultad de revisión de sentencias.

Una posición semejante ha mantenido en relación con la aplicación inmediata del principio constitucional de oralidad y de otros principios previstos en el artículo 27 de la Constitución a las acciones de amparo, que la llevó a modificar el procedimiento legalmente establecido;[59] la vigencia del derecho-garantía de hábeas data consagrado en el artículo 28 de la Carta Fundamental, en lo concerniente a la posibilidad de hacerlo valer judicialmente a través del amparo o de procesos ordinarios, según el caso, atendiendo a los criterios de fondo y de competencia que la propia Sala estableció;[60] la operatividad del derecho a requerir la tutela judicial invocando intereses difusos, dentro de las limitaciones que la Sala fijó en relación con la representación de la sociedad civil en juicio, y con el reconocimiento de su propia competencia para conocer de las acciones respectivas, prescindiendo de las reglas generales de competencia.[61]

Aunque de manera general resulta plausible esta tendencia de la jurisprudencia constitucional a vitalizar la Constitución cuando el legislador no ha actuado, en lugar de adormecerla, como a veces ocurrió durante la vigencia de la Constitución de 1961 respecto de algunas de sus disposiciones, las sentencias dictadas en algunos de los casos citados merecen una reflexión crítica desde la óptica de los límites de la jurisdicción constitucional. No parece, en primer término, que el reconocimiento constitucional del carácter oral del amparo justifique la supresión por vía jurisprudencial de la presentación, por el presunto agraviante, del informe previsto en el artículo 23 de la ley de la materia, entre otras razones porque el procedimiento allí contemplado ya tenía una importante dosis de oralidad, aunque no alcanzara el óptimo constitucional que es tarea del legislador procurar. El procedimiento preconstitucional establecido en la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales era suficiente para dar aplicación al principio constitucional de oralidad hasta que el legislador interviniese, para lo cual los jueces podían, bajo la exhortación de la Sala Constitucional, superar la práctica de las audiencias constitucionales meramente rituales.

En segundo término, algunos de los pronunciamientos relativos a la representación de la sociedad civil en juicio y a la actuación de organizaciones sociales en la defensa judicial de intereses difusos introducen una serie de condicionamientos no previstos ni derivados de la Constitución, ni tampoco originados en una integración del Derecho con base en el método jurídico, lo cual escapa a la función de los jueces

---

[59] Sentencia del 1 de febrero de 2000, caso *José Amando Mejía*.

[60] Sentencia del 14 de marzo de 2001, caso *INSACA*, entre otras.

[61] Sentencias del 30 de junio y del 21 de noviembre de 2000, casos *Defensoría del Pueblo* y *Gobernadores*, entre otras.

constitucionales, llamados más bien, como lo ha aseverado la propia Sala, a tornar plenamente operativos sus preceptos, en lo posible. Igualmente, la competencia especial que la misma Sala se atribuye en relación con las acciones de amparo basadas en la libertad informativa prevista en el artículo 28 de la Constitución o de aquellas en que se invoquen intereses difusos o colectivos, ya de por sí discutible, en modo alguno puede entenderse como exclusiva, pues entonces nos hallaríamos también ante una limitación, más que ante un despliegue, de la fuerza normativa del precepto constitucional, ya que la concentración de competencias en esa Sala conspira contra la efectividad *ratione loci* del instrumento procesal y cercena la doble instancia.

De manera global se echa de menos en algunas de las sentencias la distinción entre aquello que la Sala, conforme a los procedimientos jurídicos de integración, puede establecer como criterios provisionales, válidos hasta la intervención del legislador y, por tanto, susceptibles de modificación, y lo que es una interpretación vinculante no sólo para los jueces sino también para el legislador futuro, por derivarse, como solución necesaria, de la propia Constitución. Uno de los temas en que ha existido confusión respecto del alcance de los criterios sentados por la jurisprudencia constitucional es el de la forma de ejercicio y la extensión de la facultad de revisión de sentencias. Recientemente la Sala Constitucional ha afirmado la naturaleza provisional de las reglas establecidas para cubrir la ausencia de normas legales en los supuestos reseñados,[62] aunque ello no excluye que las sentencias correspondientes contengan interpretaciones permanentes de la Constitución en relación con algunos aspectos de la materia tratada.

La labor cumplida en este ámbito por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia ha sido recogida últimamente en la categoría de la "jurisdicción normativa", es decir, una jurisprudencia que tendría valor de norma jurídica en tanto regulatoria de relaciones o situaciones jurídicas aún no abordadas por el legislador, aunque ostentaría carácter transitorio.

Al respecto, la Sala ha sostenido:

> En base a dicha norma (artículo 335), en los casos concretos donde surge alguna infracción constitucional, la Sala ha ejercido la jurisdicción en forma normativa, dándole vigencia inmediata a la norma constitucional, y señalando sus alcances o formas de ejercicio, así no existan leyes que la desarrollen directamente.
>
> Se trata de interpretaciones vinculantes que obran como una normativa restringida, hasta que la Asamblea Nacional legisle sobre la materia.
>
> Por esta vía no sólo se han colmado normas constitucionales que carecían de cualquier desarrollo legal, como ocurrió en los fallos que tratan sobre los derechos e intereses difusos o colectivos (Casos: Defensoría del Pueblo del 30-06-00; William Ojeda

[62] Además de la sentencia dictada en el caso *ASODEVIPRILARA*, puede consultarse la sentencia del 14 de diciembre de 2001, caso *DHL Fletes aéreos CA*.

> del 31-08-00; Veedores de la UCAB del 23-08-00); o el que se refirió a la legitimación en juicio de la sociedad civil (Caso: Gobernadores del 21-11-00); o el que resolvió lo relativo al habeas data (Caso: Insaca del 14-03-01), sino que en casos donde había que aplicar leyes que chocaban con la Constitución, se dejaron sin efecto artículos de dichas leyes, y jurisprudencialmente se sustituyeron las normas inconstitucionales, por interpretaciones de cómo se debía actuar, a fin que la institución prevista en la Constitución pudiera aplicarse. Esto último sucedió, por ejemplo, con el procedimiento de amparo (Caso: José Armando Mejía del 01-02-00).
>
> Este ejercicio de la jurisdicción con efecto normativo provisorio, ha funcionado cuando se ha planteado un caso de violación constitucional concreto que ha de ser resuelto, no siendo ello posible, cuando lo que se pide es una interpretación constitucional en abstracto, si es la ley aún no dictada quien debe desarrollar la norma constitucional (sentencia del 5 de octubre de 2000. Exp. 00-1236, Caso Hermann Escarrá).
>
> A esta especie de ejercicio de la jurisdicción se le critica que es fuente de incertidumbre, que no se encuentra prevenida en la ley, y que afecta la seguridad jurídica por falta de predictibilidad. Sobre la crítica, la Sala considera que el artículo 335 Constitucional permite la jurisdicción normativa, sobre todo con relación a normas programáticas existentes dentro de la Carta Fundamental, que quedarían en suspenso indefinidamente hasta que el legislador tuviere a bien desarrollarlas, quedando en suspenso su efectividad en el tiempo. Por ello, tal inmovilismo constitucional ha sido rechazado por esta Sala, por aplicación inmediata de los principios constitucionales (ver sentencia José Armando Mejía) […]
>
> Ha sido así, que esta Sala, fundada en el artículo 335 constitucional, para que los principios, derechos, garantías y deberes constitucionales tengan aplicación inmediata ha ido creando interpretaciones vinculantes que llenen los vacíos provenientes de la falta de desarrollo legislativo de las normas constitucionales, o de la existencia de una situación de desarrollo atrofiado de las mismas, producto de la ley.[63]

Esta doctrina jurisprudencial parecería contradecir los criterios sentados en sentencia de la misma Sala Constitucional del 19 de julio de 2001 (caso *Hermann Escarrá)*, en la cual se estableció una distinción rotunda entre la labor desempeñada por la Sala al resolver casos concretos, mediante amparo constitucional u otros instrumentos de la justicia constitucional, y la cumplida al conocer y resolver, con fundamento en el artículo 335 de la Constitución, recursos de interpretación constitucional. La primera sería una auténtica *jurisdictio*, que produce una norma individualizada cuya eficacia se limita al caso resuelto, sin perjuicio de su efecto vinculante para otros órganos jurisdiccionales con base en la técnica del precedente; mientras que la segunda sería más bien una "verdadera *jurisdactio*", que tendría efectos *erga omnes y pro futuro*, y consistiría en proferir una interpretación general o abstracta, y cuasiauténtica o paraconstituyente, de la Constitución, en relación con la materia o los artículos objeto del recurso.

La contradicción, o por lo menos la matización, residiría en que la "jurisdicción normativa" parece traspasar los confines que esta sentencia atribuye a la "*jurisdictio*", pues establece criterios de efectos vinculantes generales, pero no llega a ser propia-

---

[63] Sentencia del 22 de agosto de 2001, caso *ASODEVIPRILARA.*

mente "*jurisdactio*", dado el carácter provisional de éstos. De cualquier modo, tal distinción, que resulta discutible en algunos aspectos que debemos dejar de lado en este trabajo, no es aceptable cuando pretende conferir a la función prestada por la Sala Constitucional un carácter *para* o *cuasiconstituyente* que en modo alguno ostenta, ni siquiera cuando conoce del recurso de interpretación constitucional.

En cuanto a los conceptos emitidos por la Sala Constitucional al formular su doctrina sobre la "jurisdicción normativa", importa observar, para evitar equívocos, que la facultad de la Sala Constitucional de integrar lagunas o vacíos jurídicos vinculados a silencios legislativos en modo alguno puede ser concebida ni aplicada como una potestad legislativa paralela a la del legislador ordinario, que se distinguiría de ésta por su provisionalidad. La jurisdicción, incluso la constitucional, es por definición un proceso básicamente aplicativo y cognitivo que, sin perjuicio de los aspectos creativos que posee y de su contribución decisiva a la "construcción" del Derecho, carece de la libertad política y de configuración normativa que, dentro de los límites de la Constitución, es propia del legislador. La naturaleza "normativa" de la función jurisdiccional cumplida por la Sala Constitucional cuando colma vacíos legislativos para hacer operativos ciertos preceptos constitucionales —que la sentencia denomina impropiamente "programáticos"— estribaría sólo en los efectos generales (*erga omnes*) de los criterios sentados sobre el modo de aplicación de la disposición constitucional hasta la intervención del legislador. Una visión distinta de esta cuestión convertiría la llamada jurisdicción normativa en jurisdicción legislativa, lo cual no es aceptable en un Estado democrático de Derecho.

Por otra parte, dado que la Sala Constitucional fundamenta la tarea desempeñada en esos supuestos en el artículo 335 de la Constitución, que, entre otras cosas, prevé el carácter vinculante de las interpretaciones constitucionales establecidas por ella, conviene advertir que, en rigor, la potestad judicial de aplicar directamente la Constitución y, eventualmente, de integrar lagunas de la legislación para permitir la operatividad de normas constitucionales, es una consecuencia de la fuerza normativa y de la supremacía de la Constitución, y del deber de todos los jueces de asegurar su integridad, a tenor del artículo 334 de la Constitución. La aclaratoria resulta necesaria, pues la invocación del artículo 335 de la Constitución podría inducir a pensar que sólo el Tribunal Supremo de Justicia, en especial a través de su Sala Constitucional, estaría facultado para ejercer tal potestad, lo cual no es cierto. El artículo 335 brinda fundamento a los efectos generales de las interpretaciones constitucionales establecidas por la Sala Constitucional.

C. El control de la constitucionalidad de las leyes

El control de constitucionalidad de las leyes ha sido empleado frecuentemente para afrontar las omisiones legislativas. Más aún, fue en el contexto del mismo que comenzaron a plantearse los problemas jurídicos relacionados con el control judicial de los silencios legislativos y que éste empezó a ejercerse de manera efectiva.

Este instrumento se ha desarrollado, como es lógico, en relación con las omisiones relativas, mediante una extensión del control de constitucionalidad de lo afirmado o previsto por la ley a lo que la ley calla o silencia. Tal modalidad de control ha sido aplicada en países europeos con sistemas de jurisdicción constitucional concentrada, fundamentalmente en el marco de la cuestión de inconstitucionalidad, es decir, del planteamiento al tribunal o corte constitucional por los jueces ordinarios de una "cuestión" sobre la posible inconstitucionalidad de una ley relacionada con el caso examinado. En lo concerniente a las omisiones legislativas, esta forma de control concreto de la constitucionalidad se ha ejercido especialmente sobre los silencios de la ley que pueden traducirse en la exclusión discriminatoria de algunas personas del disfrute de algún beneficio, pero también ha sido utilizado en otros casos de omisiones relativas.

Así, la Corte Constitucional italiana se ha pronunciado sobre la posible inconstitucionalidad del artículo 304 del Código de Procedimiento Penal, que permite la intervención del defensor en ciertos actos procesales, pero guarda silencio en relación con otros, como el interrogatorio del imputado o el registro personal. La Corte declaró la inconstitucionalidad de ese precepto en lo relativo a la falta de previsión del derecho del defensor de participar en estos actos procesales. El problema no se planteó desde la óptica del principio de igualdad, sino del alcance del derecho a la defensa.[64]

Ante la omisión relativa, la corte o tribunal constitucional al que se eleva la cuestión de inconstitucionalidad puede adoptar decisiones de variada índole. Aparte de la desestimación total de la cuestión suscitada, se adoptan pronunciamientos meramente declarativos de la inconstitucionalidad, originados en la jurisprudencia constitucional alemana, a veces aunados a un llamado a la integración por los jueces de la laguna relacionada con la inconstitucionalidad advertida; y en ocasiones se dictan fallos que extienden al sector o a las situaciones omitidas la regulación legal, denominados sentencias manipulativas o aditivas por la doctrina italiana.[65]

Esta diversificación de las sentencias de inconstitucionalidad cobra especial significación en el control de las omisiones legislativas. Si la omisión (relativa) de la ley es inconstitucional por discriminatoria o por otra razón, una sentencia que declare la nulidad de la ley o norma omisiva normalmente sobrepasará el propósito de la decisión judicial, pues los beneficios concedidos por la ley a algún colectivo, o la regulación de algunas situaciones contenida en la ley, en sí mismas no censurables y en algunos casos constitucionalmente exigidas, también resultarían anulados. De ahí que se apele a pronunciamientos que simplemente declaran la inconstitucionalidad o la incompatibilidad con la Constitución de la ley omisiva, lo cual ofrece la ventaja adicional de permitir al legislador ponderar las circunstancias y tomar una nueva elec-

---

[64] Gustavo Zagrebelsky, *La giustizia costituzionale*, Il Mulino, 1977, p. 298.

[65] Ibídem, pp. 292 y ss.; Schlaich, op. cit., pp. 269 y ss.

ción normativa dentro del marco constitucional. El legislador podría suprimir sin más el beneficio, si la Constitución lo permite, al considerar excesiva la carga presupuestaria que supondría extenderlo a todos los sectores que según la sentencia merecen igual tratamiento, como también reducir la cuantía o magnitud del beneficio, para hacerlo extensivo a todos ellos.

Mientras la intervención legislativa se produce, la ley incursa en inconstitucionalidad por omisión puede seguir siendo aplicada si el tribunal constitucional lo considera necesario, sin perjuicio de la interrupción del proceso en que se originó la cuestión de inconstitucionalidad o el amparo, y de otros procesos referidos a la misma norma legal, hasta la actuación del legislador. Esa ultractividad de la ley declarada inconstitucional se justifica especialmente en los casos de la negación arbitraria de un beneficio, ya que el sector favorecido por la regulación no debe resultar perjudicado por la exclusión de otras personas. Al legislador corresponde la revisión global de la materia.[66]

Las sentencias "manipulativas", en su vertiente "aditiva", según la terminología italiana, son empleadas:

> [...] cuando una disposición tiene un alcance normativo menor del que, constitucionalmente, debería tener. La Corte Constitucional interviene en estos casos declarando inconstitucional la disposición *en la parte en que no* prevé aquello que debería prever. Lo que resulta constitucionalmente incorrecto en estos casos no es una previsión negadora contenida en la ley (una excepción, una limitación, etc.): la ley en realidad calla. Pero justamente en este silencio estriba su inconstitucionalidad. La decisión de inconstitucionalidad se dirige por tanto a una omisión del legislador y partiendo de tal declaración de inconstitucionalidad se razona como si la norma faltante se tornase existente.[67]

Es indudable la carga creativa o constructiva que poseen estas decisiones, tras las cuales el precepto legal sufre un cambio en su significación, que no se produce como simple derivación o efecto reflejo de la sentencia que ejerce el control de constitucionalidad, sino que representa la sustancia misma del control, encaminado precisamente a dotar al precepto de un alcance normativo del que originalmente carecía. Especial relevancia ostentan las sentencias aditivas en el ámbito de las discriminaciones normativas (omisivas), que permiten a la Corte extender determinados beneficios a colectivos no enunciados en la disposición. Así lo ha hecho, por ejemplo, para comprender dentro de los favorecidos por una previsión legal sobre la pensión de sobrevivientes al pariente que estuviera a cargo del difunto, aunque no fuera su cónyuge, si bien era ésta la condición textualmente requerida.[68]

---

[66] Schlaich, op. cit., pp. 280 y ss.
[67] Zagrebelsky, op. cit., p. 298.
[68] Ibídem.

Son variadas las críticas que suelen suscitar las sentencias esbozadas, a las que también ha acudido el Tribunal Constitucional español y, en menor medida, el alemán. Las críticas obedecen bien al supuesto quebrantamiento de los límites de la jurisdicción constitucional que llevan aparejadas, lo cual no debería desempeñar un papel activo en la creación del Derecho, bien al carácter político de los criterios (de oportunidad o conveniencia) frecuentemente empleados para la ampliación de las implicaciones normativas del precepto legal.

Sin pretender entrar en esta polémica, conviene subrayar que para la jurisprudencia esa clase de sentencias sólo resultan admisibles:

> […] cuando la solución reparadora no deba ser el fruto de una valoración discrecional, sino consecuencia necesaria del juicio de legitimidad [constitucionalidad], de tal forma que la Corte en realidad proceda a una extensión lógicamente requerida e incluso implícita en la potencialidad interpretativa del contexto normativo en que se inserta la disposición impugnada.[69]

Se trataría, pues, de los casos en que la solución aditiva adoptada en la sentencia viene impuesta por la interpretación de la Constitución o del ordenamiento, por lo que el aspecto creativo que posean se produciría, en realidad, en palabras de Crisafulli, "*a rime obbligate*".

Por otra parte, importa señalar que, en ocasiones, los clásicos pronunciamientos anulatorios y las sentencias propiamente interpretativas han servido para la corrección de omisiones legislativas relativas, como lo pone de manifiesto el fallo, ya mencionado, del Tribunal Constitucional español que anuló la expresión "la viuda" de una ley relativa a la seguridad social para extender a los viudos el disfrute de las pensiones allí establecidas.

En lo que respecta al Derecho venezolano, tanto el control concentrado como el control difuso de la constitucionalidad de las leyes pueden ser utilizados para reparar omisiones legislativas relativas, sin que se planteen los numerosos problemas que se suscitan en los sistemas de jurisdicción constitucional concentrada, a causa de la prohibición dirigida a los jueces ordinarios de desaplicar leyes viciadas de inconstitucionalidad, por acción o por omisión. La posibilidad de que en el sistema venezolano se produzcan decisiones divergentes en torno a la constitucionalidad de una ley omisiva, y la manera de corregir su inconstitucionalidad en cada caso, puede ser solventada mediante la intervención de la Sala Constitucional, con base en la facultad de revisión prevista en el artículo 336, numeral 10, de la Constitución.

La facultad de los tribunales y de la propia Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia para controlar la constitucionalidad de leyes omisivas se fundamenta en el artículo 334 de nuestra Carta Magna, que los obliga a garantizar la integridad de la Constitución. Además, en relación con la Sala Constitucional es relevante el

---

[69] Ibídem, p. 304.

último párrafo del artículo 334, en lo concerniente a la posibilidad de declarar la nulidad de leyes omisivas, el artículo 335, y el propio numeral 7 del artículo 336 de la Constitución, que la autoriza para declarar la inconstitucionalidad de las omisiones legislativas, absolutas y relativas, pues nada impide que esta atribución se ejerza en el marco de la acción de inconstitucionalidad, cuando se esté en presencia de una omisión relativa.

D. El recurso de interpretación constitucional

La jurisprudencia de la Sala Constitucional venezolana, al crear pretorianamente una acción o recurso específico de interpretación constitucional, le ha otorgado un alcance que, al menos en la primera configuración de ese instrumento, repercute en la materia objeto de estudio.

En la sentencia del 22 de septiembre de 2000 dictada en el caso *Servio Tulio León Briceño*, que reconoció la admisibilidad de ese recurso con fundamento en el artículo 335 de la Constitución, se enunciaron los distintos supuestos en los que podría emplearse, entre los que se encuentra el siguiente:

> Ha sido criterio de esta Sala, que las normas constitucionales, en lo posible, tienen plena aplicación desde que se publicó la Constitución, en todo cuanto no choque con el régimen transitorio.
>
> Muchas de estas normas están en espera de su implementación legal producto de la actividad legislativa que las desarrollará.
>
> El contenido y alcance de esas normas vigentes, pero aún sin desarrollo legislativo, no puede estar a la espera de acciones de amparo, de inconstitucionalidad o de la facultad revisora, porque de ser así, en la práctica tales derechos quedarían en suspenso indefinido.
>
> Como paliativo ante esta situación, las personas pueden pedir a esta Sala que señale el alcance de la normativa, conforme a la vigente Constitución, lo que hizo la Sala, sin que mediase petición al respecto, en la sentencia del 1 de febrero de 2000, cuando indicó el desenvolvimiento del proceso de amparo, adaptando la ley especial a la Constitución vigente.
>
> Además, de no ser objeto de interpretación, en la actualidad tales normas se harían nugatorias, ya que sus posibles ambigüedades y obscuridades, no podrían ser solucionadas, o lo serían en forma caótica, mientras no se dicten las leyes que las desarrollen.

Así, pues, el recurso de interpretación serviría para determinar el alcance de los preceptos constitucionales que reclaman desarrollo legislativo, con lo cual se aseguraría su aplicabilidad ordenada hasta la intervención del legislador. Las acciones de amparo y otros mecanismos de protección de la Constitución no lograrían ese propósito.

La evolución de la jurisprudencia constitucional en este particular ha sido, sin embargo, un poco distinta de la anunciada en esa sentencia. Los fallos más importantes, algunos anteriores a tal sentencia, dictados para facilitar la operatividad de normas constitucionales que en alguna medida exigen desarrollo legislativo, se han emitido en procesos de amparo o, más recientemente, en solicitudes de revisión, en lo que

atañe a la finalidad y supuestos de ejercicio de la facultad prevista en el numeral 10 del artículo 336. Por otro lado, las posibilidades de acudir al recurso de interpretación para resolver con carácter general dudas relativas a la aplicabilidad y el alcance de preceptos constitucionales aún no desarrollados legalmente han quedado reducidas al mínimo, en virtud de la tendencia jurisprudencial a declarar inadmisibles los recursos de interpretación referidos a normas constitucionales cuya regulación es materia de la reserva legal, las cuales, se afirma, deberían ser interpretadas o precisadas por la ley, no por la Sala Constitucional, criterio que se ha aplicado incluso a derechos constitucionales.[70] Lo que antes era un supuesto para la admisión del recurso de interpretación, esto es, la existencia de una norma constitucional que reclama desarrollo legal pero que no debe esperar a éste para hacerse operativa, es ahora una causal de inadmisibilidad del mismo recurso, pues esa exigencia de desarrollo legislativo se traduce normalmente en una reserva legal.

Con todo, esta tendencia jurisprudencial, al margen de la contradicción en que incurre con el pronunciamiento antes citado y de las reservas que formularemos, parece, en parte, acertada, pues el recurso de interpretación constitucional, por su naturaleza en gran medida abstracta y por ser, en el supuesto que nos ocupa, previo a la intervención del legislador, puede cercenar indebidamente su labor de concreción de los preceptos constitucionales. Más aún cuando se entiende que los criterios establecidos mediante ese recurso representan "una interpretación cuasiauténtica o paraconstituyente, que profiere el contenido constitucionalmente declarado por el texto constitucional". Sin embargo, si se admite la existencia de un recurso de interpretación directamente deducible del artículo 335 de la Constitución, no cabe descartar completamente que en relación con el contenido constitucional del derecho o precepto vinculado a una reserva legal, el cual no es disponible por el legislador, sea preciso ejercer facultades interpretativas.

Conviene, por otra parte, señalar que resulta discutible la práctica de aprovechar casos que son sometidos a la consideración de la Sala Constitucional para establecer, de manera general y abstracta, con base en el artículo 335 de la Constitución, una interpretación vinculante de las normas constitucionales no conectada directamente con el caso concreto planteado. La tarea desempeñada por la Sala Constitucional cuando resuelve casos concretos es rigurosamente jurisdiccional, por lo que debe centrarse en las singularidades de la situación que examina, sin perjuicio de que, en estrecha conexión con ella, se emitan pronunciamientos de mayor alcance.

3. La acción directa de inconstitucionalidad por omisión

A partir de su consagración en la Constitución yugoslava de 1974 y en la Constitución portuguesa de 1976, se ha ido extendiendo el reconocimiento de una acción

---

[70] Cf., entre otras, la sentencia dictada en el caso *Hermann Escarrá*, del 19 de julio de 2001.

directa y específica de inconstitucionalidad por omisión legislativa, dirigida a obtener un pronunciamiento judicial que declare la existencia de la inconstitucionalidad por omisión y que, según la regulación de cada sistema jurídico, ordene la aprobación de la ley correspondiente en un plazo determinado, sin perjuicio de la adopción de medidas complementarias si resultara incumplido este mandato.

La figura nació al hilo del constitucionalismo social, en el marco de procesos políticos de talante revolucionario, con el propósito de ofrecer un instrumento que permitiera verificar la observancia y el desarrollo del proyecto constitucional. En su evolución terminó perfilándose, sin embargo, como un mecanismo más de la justicia constitucional, que pretende complementar la protección de la Constitución que los demás medios procesales son capaces de brindar ante las omisiones legislativas.

Después de su expresa admisión en los textos constitucionales citados, fue recogida en la reforma de la Constitución portuguesa de 1982, en la Constitución brasileña de 1988, en la Constitución de 1988 de la provincia argentina de Río Negro y, recientemente, en la Constitución venezolana de 1999, entre otros ejemplos del Derecho comparado. Seguidamente nos referiremos a los aspectos fundamentales de esta acción en el Derecho venezolano, teniendo en cuenta, cuando corresponda, los aportes del Derecho comparado.

A. Fundamento constitucional

El numeral 7 del artículo 336 de la Constitución brinda fundamento normativo para el ejercicio de una acción directa de inconstitucionalidad por omisión legislativa, en los términos que establezca la ley orgánica de la jurisdicción constitucional, aunque ello no obsta a la operatividad inmediata de este instrumento tutelar de la Constitución.

Dicho precepto, apoyándose en lo establecido en el Anteproyecto de Ley Orgánica de la Jurisdicción Constitucional aprobado por la extinta Corte Suprema de Justicia, elaborado bajo la dirección de Humberto J. La Roche, faculta a la Sala Constitucional para:

> Declarar la inconstitucionalidad de las omisiones del poder legislativo municipal, estadal o nacional, cuando haya dejado de dictar las normas o medidas indispensables para garantizar el cumplimiento de esta Constitución, o las haya dictado en forma incompleta; y establecer el plazo y, de ser necesario, los lineamientos de su corrección.

De esta forma, se reconocen amplios poderes a la Sala Constitucional en orden a la corrección de las omisiones legislativas, tal como luego señalaremos al referirnos a la sentencia que puede ser dictada con ese propósito.

B. Objeto del control

El objeto del control previsto en el numeral 7 del artículo 336 son las omisiones legislativas, tal como antes fueron definidas. Por tanto, la acción que se colige de este

precepto puede incoarse contra las omisiones de la Asamblea Nacional, los Consejos Legislativos de los estados o los Concejos Municipales, que se deriven del incumplimiento de mandatos constitucionales concretos de legislar o de la aprobación de una normativa que resulta incompleta o defectuosa, desde la óptica de los preceptos constitucionales, en los términos ya expuestos. No obstante, en virtud de lo dispuesto en el numeral 7 del artículo 336, debe incluirse dentro del ámbito de ejercicio de esta acción la falta de adopción de las "medidas" indispensables para asegurar el cumplimiento de la Constitución, lo cual podría comprender la toma de decisiones que de acuerdo con el Texto Constitucional corresponden al órgano legislativo pero que son ajenas a su función legislativa, como la elección de ciertas altas autoridades. El objeto central de la facultad prevista en ese precepto son, en cualquier caso, las omisiones legislativas propiamente dichas.

No son objeto de control mediante esta acción, a tenor del artículo 336, numeral 7, de la Constitución, las omisiones en que puedan incurrir el Ejecutivo nacional u otros órganos del poder público, en el ejercicio de su función normativa.

Conforme al precepto citado, son objeto de control tanto las omisiones legislativas absolutas como las relativas. Si se trata de las segundas, existe la posibilidad, tal como lo muestra el Derecho comparado, de interponer una acción de inconstitucionalidad contra la ley omisiva, por lo que pareciera no tener mucho sentido el solapamiento de ésta con la acción directa de inconstitucionalidad por omisión. Más lógico y sistemático resulta entender que la facultad prevista en el numeral 7 del artículo 336 puede ser ejercida por la Sala Constitucional en el ámbito de la acción de inconstitucionalidad contra la ley omisiva, si estamos ante una omisión relativa, todo lo cual deberá ser resuelto por la ley orgánica de la jurisdicción constitucional. En cualquier caso, la interposición de la acción de inconstitucionalidad contra la ley omisiva será preferible, especialmente, cuando un pronunciamiento anulatorio pueda reparar la inconstitucionalidad advertida. Estos problemas se resolverían, en gran medida, previendo un solo cauce procesal para el planteamiento, ante la Sala Constitucional, de las distintas pretensiones relacionadas con el control de constitucionalidad de los actos u omisiones del legislador, como se procura en el Anteproyecto de Ley Orgánica de la Jurisdicción Constitucional.

C. Supuestos de procedencia

Para que sea estimada favorablemente la acción objeto de análisis es preciso que nos hallemos ante una omisión legislativa (inconstitucional), tal como antes fue definida. La inconstitucionalidad del silencio legislativo puede derivarse, como dijimos, del incumplimiento de mandatos concretos de legislar, de la inobservancia de las directrices constitucionales relativas al contenido de leyes de desarrollo, de la violación del deber de protección de los derechos constitucionales o del establecimiento omisivo de discriminaciones lesivas del principio de igualdad, entre otros supuestos.

Algunos autores, a partir de la regulación de la acción de inconstitucionalidad por omisión en un ordenamiento jurídico determinado, han sostenido que esta acción sólo procede cuando la norma constitucional presuntamente vulnerada no sea ejecutable por sí misma o autoaplicativa.[71] Esta posición, que es discutida en el Derecho comparado, no debe ser extrapolada sin más a nuestro sistema jurídico.

El numeral 7 del artículo 336 de la Constitución, al prever los supuestos de ejercicio de la facultad allí contemplada, alude a la omisión "de las normas o medidas indispensables para garantizar el cumplimiento de esta Constitución". La necesidad de garantizar el cumplimiento de la Constitución no queda descartada por el hecho de que la norma constitucional en juego sea inmediatamente aplicable, pues ya hemos puesto de manifiesto los numerosos problemas que se pueden suscitar para asegurar su plena operatividad a través de los mecanismos de integración del Derecho, cuando el silencio legislativo genera lagunas que deben ser colmadas con el objeto de lograr la concreta operatividad del precepto constitucional. Esta eficacia directa del precepto constitucional no siempre podrá equipararse a la eficacia plena que la Constitución reclama, a cuyo servicio se encuentra el control judicial de la inconstitucionalidad por omisión, como han subrayado Fernández Segado[72] y Fernández Rodríguez.[73] Recuérdese, asimismo, que la aplicación directa del precepto constitucional a veces sólo puede referirse al "contenido mínimo" de la norma, al requerirse, en relación con otros aspectos, la ulterior intervención configuradora del legislador. La aplicación directa de las normas constitucionales no exime al legislador, por lo demás, del cumplimiento de los mandatos de legislar que éstas puedan establecer.[74]

Piénsese, por ejemplo, en la labor pretoriana que debió desempeñar la judicatura venezolana para hacer operativo el amparo constitucional, ante la mora del legislador. Dicha labor permitió la eficacia del artículo 49 de la Constitución, cuya aplicación no debía esperar a la aprobación de la ley de la materia, pero ello no significaba que el legislador estuviera relevado de su deber constitucional de desarrollar ese precepto, más aún cuando la regulación legal de una materia ofrece unas garantías de claridad y seguridad jurídica que la jurisprudencia normalmente no es capaz de proporcionar. Del mismo modo, si tomamos antecedentes del Derecho comparado encontramos que la aplicación inmediata del derecho de objeción de conciencia o del derecho de reunión, a la que ya nos referimos, no significaba que las exigencias constitucionales estuvieran completamente satisfechas, ya que en el primer caso había que esperar a la aprobación de la legislación respectiva para que la expectativa de ser reconocido como objetor y de ser relevado de la incorporación a filas pudiese devenir en derecho efectivo, y en el segundo la legislación preconstitucional no necesariamente llenaba por

---

[71] Jorge Miranda, "A fiscalização da inconstitucionalidade por omissão no ordenamento constitucional portugues", en *Inconstitucionalidad por omisión*, op. cit., pp. 163 y ss.

[72] Fernández Segado, op. cit., pp. 11 y 17.

[73] Fernández Rodríguez, op. cit., pp. 89 y ss.

[74] Como lo ha sostenido Gomes Canotilho, citado por Fernández Segado, op. cit., p. 17.

completo los requerimientos constitucionales, aunque fuera aceptable como normativa transitoria. Algo distinto sucede, como hemos dicho, cuando la norma constitucional es autosuficiente, en el sentido expuesto, pero en este supuesto no cabe hablar de omisión legislativa.

Por otra parte, si la omisión legislativa se basa en el incumplimiento de mandatos concretos de legislar, dado el silencio del legislador frente al precepto constitucional, surge la cuestión del tiempo que ha de transcurrir para que la inactividad del legislador pueda ser considerada inconstitucional. En muchos casos nuestra Constitución ha establecido plazos específicos para la observancia de tales mandatos, como lo revelan sus Disposiciones Transitorias. En los demás, sin embargo, la duda sigue abierta, porque la previsión contenida en la Disposición Transitoria Sexta, que ordena a la Asamblea Nacional legislar, en un plazo de dos años, sobre todas las materias de la competencia nacional, es demasiado genérica para considerar que no cabe efectuar un análisis caso por caso sobre el cumplimiento por el legislador de su obligación de legislar.

Fuera de los supuestos en que la Constitución fija un plazo específico para la aprobación de la legislación de desarrollo de la norma constitucional, en ocasiones habrá pues que ponderar los valores e intereses involucrados y considerar las circunstancias del caso, para pronunciarse sobre la eventual inconstitucionalidad de la inactividad del órgano legislativo. Conviene aclarar que no debe pensarse que el legislador posee libertad para la determinación del momento más oportuno para la aprobación de las leyes que la Constitución exige. La propia noción de mandato hace patente el carácter imperativo de la norma en lo que a su desarrollo legislativo se refiere, a lo cual se suma la existencia en nuestro ordenamiento de un precepto como la mencionada Disposición Transitoria Sexta de la Constitución. No obstante, la Sala Constitucional debe reconocer al legislador un amplio margen de apreciación en la determinación de las prioridades legislativas, y tener en cuenta el contexto de las tareas legislativas.

D. Legitimación activa y procedimiento

En cuanto a la legitimación requerida para la interposición de la acción directa de inconstitucionalidad por omisión, estimamos que han de manejarse los mismos criterios de legitimación que rigen para la acción de inconstitucionalidad contra leyes, pues no encontramos razón alguna por la cual las posibilidades de acceso al control de las omisiones del legislador deban ser distintas de las del control de sus actos legislativos. Mucho menos cuando, como hemos visto, algunas omisiones legislativas pueden ser reparadas mediante la acción de inconstitucionalidad contra leyes. Esto implica que la acción directa contra las omisiones legislativas posee carácter popular, al ser ésta la legitimación tradicionalmente admitida en Venezuela para el ejercicio de la acción de inconstitucionalidad.

A falta de una regulación legal sobre el procedimiento aplicable, puede acudirse analógicamente a las reglas procesales relativas a los juicios de nulidad contra actos

de efectos generales, de acuerdo con los artículos 112 y siguientes de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, con las adaptaciones necesarias, sin perjuicio de la facultad de la Sala Constitucional de establecer el procedimiento correspondiente, con base en el artículo 102 de esta Ley.

E. Sentencia

La sentencia que se dicte en virtud del ejercicio de la acción directa contra omisiones legislativas puede declarar la existencia de una inconstitucionalidad por omisión, absoluta o relativa. El numeral 7 del artículo 336 permite implícitamente que esta declaración vaya acompañada de una orden de legislar dirigida al órgano renuente o moroso, y alude expresamente a la facultad de fijar el plazo dentro del cual la omisión debe ser reparada.

De ser necesario, la Sala Constitucional puede establecer "los lineamientos de su corrección", atribución que ha de ejercer con suma prudencia y teniendo presentes los límites de la jurisdicción constitucional. Esto significa que la Sala Constitucional no está facultada para formular recomendaciones sobre el contenido de leyes futuras con base en criterios de oportunidad o conveniencia. Sus recomendaciones o exhortaciones al legislador, hoy frecuentes en la jurisdicción constitucional, deben basarse en la Constitución, y es aquí precisamente donde estribará su autoridad, pues el desconocimiento de ésta en la ley futura puede acarrear su inconstitucionalidad y nulidad.

En algún ordenamiento, particularmente en la Constitución de la provincia de Río Negro (Argentina), se faculta al órgano judicial para que, en caso de incumplimiento de la orden judicial de legislar, integre el orden normativo en el caso concreto e incluso fije, si la integración normativa no es posible, una indemnización a favor de quien haya sufrido daños en sus derechos a causa de la omisión legislativa. Conviene preguntarse si nuestra Sala Constitucional ostenta tales poderes.

Al responder este interrogante ha de tenerse presente que en la provincia de Río Negro la acción de inconstitucionalidad por omisión la interpone quien se sienta afectado en un derecho individual o colectivo, no cualquier persona, lo cual está en consonancia con el tipo de pronunciamientos que el órgano judicial competente puede adoptar. En cambio, el carácter popular y abstracto que, al menos hasta la intervención del legislador, ha de atribuirse a nuestra acción directa contra omisiones legislativas sitúa la cuestión en otras coordenadas.

Es obvio que no cabría admitir un pronunciamiento indemnizatorio, por ser extraño al objeto de la acción, ni una integración en el caso particular, dado el carácter abstracto de la acción. Las reclamaciones indemnizatorias originadas en silencios legislativos pueden hacerse valer, pero según las reglas sustantivas y procesales de la responsabilidad patrimonial del Estado, y la integración del orden normativo en casos concretos pueden realizarla los jueces al conocer de acciones de amparo o incluso en el ejercicio ordinario de su función jurisdiccional, como ya pusimos de relieve, cuando la situación planteada lo permita.

Lo que sí podría hacer la Sala Constitucional es establecer criterios jurídicos para la inmediata aplicación judicial de la norma constitucional afectada por el silencio legislativo, cuando el silencio legislativo conspire de alguna forma contra su plena eficacia y la naturaleza de la norma constitucional lo permita. Estos criterios sólo serían aceptables cuando se originen en métodos jurídicos de interpretación o integración, por lo que la Sala Constitucional no estaría autorizada para legislar con carácter provisional. Se trataría, simplemente, de que pueda facilitar la operatividad de los preceptos constitucionales no desarrollados, como lo hizo nuestra Corte Suprema de Justicia para vitalizar el amparo constitucional y lo ha hecho la Sala Constitucional en algunas materias, tarea que no resulta extraña, como antes apuntamos, a otros sistemas de justicia constitucional.

V. Reflexión final

Esperamos haber puesto de relieve la significación de las cuestiones jurídicas envueltas en el control de constitucionalidad de las omisiones legislativas, y la variedad de reacciones defensivas del organismo constitucional ante las vulneraciones o amenazas a sus preceptos derivadas no de la acción sino de la inactividad del legislador.

El estudio de la materia tratada indica que la articulación de un sistema eficiente de protección de la Constitución ante las omisiones legislativas, que a la vez sea respetuoso del reparto constitucional de las funciones públicas y del principio democrático, exige de los jueces firmeza en el aseguramiento de la fuerza normativa de la Constitución, así como conciencia de los límites de sus poderes y una prudente aplicación de éstos. Del lado del legislador, es necesaria una cierta diligencia en el cumplimiento de sus tareas legislativas, y el acatamiento de la intimación a legislar que provenga del Tribunal Supremo de Justicia, pues ante una situación generalizada de pasividad del legislador se corre el riesgo bien de restar virtualidad jurídica a la acción de inconstitucionalidad por omisión, bien de propiciar un deslizamiento de las instancias judiciales hacia espacios extraños al ámbito natural de ejercicio de sus competencias.

Rainer Grote (Alemania) *

Limitaciones para la ley en la regulación de los derechos humanos en el Derecho europeo, con especial referencia al Derecho alemán **

I. La tradición del Poder Legislativo ilimitado en la historia constitucional europea moderna

El sometimiento de la ley a ciertos límites en la regulación de los derechos humanos es una innovación relativamente reciente en el Derecho Constitucional de los países europeos. La noción de que el ámbito de la ley es sujeto a limitaciones efectivas derivadas del contenido mismo de los derechos humanos era fundamentalmente ajena a la concepción originaria de la ley, formulada de manera clásica por los revolucionarios franceses al fin del siglo XVIII y que marcó rápidamente a todo el continente europeo.

Aparece en esta concepción un pensamiento institucional que gira sobre un Poder Legislativo originado en el consentimiento común y ordenado a preservar los bienes y libertades de cada uno. Según la definición bien conocida de Rousseau, cuyas concepciones habían contribuido poderosamente a configurar las ideas constitucionales de los revolucionarios, "la Ley reúne la universalidad de la voluntad y la del objeto". Es, con una fórmula que hará gran fortuna, la obra de la voluntad general,

---

* Doctor en derecho por la Universidad de Göttingen. Investigador en el Instituto Max-Planck de Derecho Público comparado y de Derecho Internacional en Heidelberg, Alemania.

** Este artículo está basado en la exposición del Dr. Grote durante el III Seminario Internacional de Derecho Público "Protección y posibilidades de limitación de los Derechos Humanos", organizado por la Facultad de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay y el Programa Estado de Derecho para Sudamérica de la Fundación Konrad Adenauer, realizado en Montevideo los días 27, 28 y 29 de agosto de 2002.

que ha de pronunciarse únicamente sobre las cuestiones generales o comunes a todos mediante reglas igualmente generales.[1] De esta definición resultan consecuencias de gran importancia: las leyes adoptadas por la voluntad general son necesariamente leyes de la libertad, pues, en las palabras propias de Rousseau, cada uno, uniéndose a todos, no obedece, sin embargo, más que a sí mismo y permanece tan libre como antes.[2]

Así nació esta mística de la ley, originada en la libertad y destinada a su servicio exclusivo, que sería el punto de partida del derecho público moderno en Francia y todos los países europeos marcados por la tradición iuspublicista francesa. En esta concepción clásica, la ley es concebida exclusivamente como instrumento imprescindible de la realización de la libertad. Lo esencial de la construcción jurídica consiste precisamente en la instauración de un poder democrático capaz de encarnar esa voluntad general para la creación de las salvíficas leyes que tienen como objetivo primordial la restitución de la libertad absoluta del hombre.[3] La perspectiva de una futura violación o abolición de los derechos fundamentales por medio de la ley fue completamente ignorada por los discípulos del concepto de la ley como expresión de la voluntad general.

Este concepto fue consagrado formalmente en un documento jurídico de suma importancia, la célebre Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 26 agosto 1789. La Declaración no solamente proclama los derechos fundamentales e inviolables como el fin de toda asociación política, sino que confirma también la nueva concepción del derecho público francés, basada en la posición central de la ley en el sistema legal. La ley es, según el artículo 6 de la Declaración, la expresión de la voluntad general, lo que exige que todos los ciudadanos tengan derecho a concurrir personalmente o por sus representantes a su formación. La estructura básica está caracterizada por la generalidad de su objeto. En las palabras de la Declaración, la ley debe ser la misma para todos, tanto si protege como si castiga. Todos los ciudadanos son iguales ante ella.

Además, son numerosas las disposiciones en la Declaración que presuponen que la ley debe puntualizar y articular los límites respectivos de las libertades de los ciudadanos. En tal sentido, el artículo 4 proclama que el ejercicio de los derechos naturales de cada hombre no tiene más límites que los que aseguran a los otros miembros de la sociedad el goce de esos mismos derechos, y que esos límites no pueden establecerse más que por la ley. El artículo 5 precisa que todo lo que no está prohibido por la ley no puede ser impedido y que nadie puede ser forzado a hacer lo que la ley no ordena.

---

[1] Jean-Jacques Rousseau, *Du contrat social*, libro II, capítulo VI, en *Oeuvres complètes de Jean-Jacques Rousseau*, vol. V, París, 1823, pp. 105 y s.

[2] Ibídem, p. 99.

[3] Eduardo García de Enterría, "La democracia y el lugar de la ley", *Revista Española de Derecho Administrativo*, 1996, pp. 609, 612 y s.

En el artículo 7 se concreta que nadie puede ser intimado a obedecer sino en nombre de la ley, fuera de lo cual cualquier orden será arbitraria. Otras garantías se ocupan seguidamente de aplicar esos principios en unos campos esenciales del Derecho: legalidad de los delitos y de las penas (artículos 7 y 8), libre consentimiento del impuesto a través de la ley (artículo 14), expropiación de la propiedad sólo en virtud de una ley (artículo 17). De estas disposiciones resulta claro el papel indispensable de la ley para la implantación efectiva del ideal de libertad proclamado solemnemente por la Declaración.[4]

Esta creencia casi ciega en las virtudes de la ley como garantía de la libertad era difícilmente compatible con una concepción de los derechos humanos que intentaba realizar su protección también contra el Poder Legislativo.[5] No ha de extrañarse, pues, que los esfuerzos de instaurar un control de la conformidad de las leyes con los derechos constitucionales de los ciudadanos no hayan tenido éxito en Francia hasta los años setenta del siglo pasado.[6]

La concepción francesa de la ley como fundamento jurídico del orden social en su totalidad e instrumento imprescindible para la realización de la libertad ha marcado profundamente el pensamiento institucional en los otros países del continente europeo. No era, sin embargo, el único impedimento al desarrollo de una doctrina constitucional propia sobre los límites al Poder Legislativo derivados de los derechos fundamentales.

Otra evolución doctrinal que favorecía el reconocimiento del carácter ilimitado del Poder Legislativo fue la afirmación de la soberanía parlamentaria por los constitucionalistas británicos a partir del siglo XVIII. Según esta doctrina, las principales propiedades que caracterizan al Parlamento son su carácter supremo, ilimitado y continuo. El Parlamento carece de límites legales a su competencia legislativa. Por ello, tiene la facultad de crear cualquier ley y ésta no puede ser reformada o derogada por ningún otro órgano.[7] Además, según la versión clásica de esta doctrina, la competencia es perpetua: ningún Parlamento puede desprenderse de ella.

---

[4] Ibídem, p. 613.

[5] Según Jörg-Detlef Kühne, "Die französische Menschen- und Bürgerrechtserklärung im Rechtsvergleich mit den Vereinigten Staaten und Deutschland", *Jahrbuch des Öffentlichen Rechts* N.F. 39 (1990), el verdadero destinatario de los derechos fundamentales enunciados en la declaración francesa es el Poder Ejecutivo, no el Poder Legislativo.

[6] Sobre los esfuerzos inútiles de Sieyès para establecer un control de la constitucionalidad de las leyes en el contexto de la revolución francesa véase Francisco Fernández Segado, "Evolución histórica y modelos de control de constitucionalidad", *Pensamiento Constitucional*, nº 4 (1997), pp. 167, 186 y ss.

[7] Albert Venn Dicey, *The Law of the Constitution*, Londres, 1885, pp. 39 y s.: "*The principle of Parliamentary sovereignty means neither more nor less than this, namely, that Parliament* […] *has, under the English constitution, the right to make or unmake any law whatever; and further, that no person or body is recognised by the law of England as having a right to override or set aside the legislation of Parliament*".

Esto significa que el Parlamento posee el poder de legislar mediante el procedimiento ordinario —mayoría simple— sobre cualquier materia excepto una: no puede modificar la forma ni el procedimiento de la legislación futura, por cuanto ello significaría imponer límites a las legislaturas soberanas futuras. En este sistema constitucional, tal como ha sido delineado por la teoría de la soberanía parlamentaria, el Parlamento siempre dicta leyes válidas, con independencia de cuál sea su contenido. Si el Parlamento decidiera modificar o derogar las libertades individuales reconocidas por el *common law*, esta regulación sería perfectamente válida, sin límite alguno derivado del carácter fundamental de los derechos afectados.[8]

La tradición alemana, por su parte, ofrecía un terreno más favorable al concepto de vinculación del Poder Legislativo a los preceptos constitucionales. Ya la Constitución de 28 de marzo de 1849, adoptada por la Asamblea Nacional reunida en la iglesia de San Pablo, había previsto el establecimiento de una jurisdicción constitucional con amplias atribuciones. Según ella, había de crearse un Tribunal del Imperio como supremo tribunal alemán, al cual se encomendarían importantes facultades en lo concerniente al ordenamiento jurídico político-constitucional.[9] Sería también de competencia de este Tribunal la decisión sobre las quejas interpuestas individualmente por el ciudadano alemán por violación de los derechos reconocidos en la Constitución. La disposición pertinente no precisó si esta facultad se aplicaría también en caso de violación directa de los derechos fundamentales por una ley general. De todas formas, la Constitución consagró formalmente la hipótesis de un control constitucional de las leyes en el contexto de quejas formuladas por los estados miembros del imperio contra éste por violación de la Constitución imperial mediante el dictado de leyes generales.

Pero la obra constitucional de la Asamblea Nacional jamás cobró vigencia; el Tribunal Imperial quedó en un mero diseño teórico. La Constitución de Bismarck de 1871 no contenía la garantía de los derechos individuales ni una jurisdicción constitucional propia. En cambio, la Constitución de Weimar de 1919 reconoció un número elevado de derechos fundamentales de los ciudadanos, incluso derechos sociales y económicos. Sin embargo, no establecía previsión alguna de la que pudiera inferirse una especial prevalencia de sus normas sobre la actividad de los poderes públicos, y en particular del Poder Legislativo. Ningún precepto constitucional impedía que por ley pudieran limitarse los derechos hasta el extremo de privarlos de su esencia última. Quizá por todo ello no resulta sorprendente que los derechos fundamentales de la Constitución de Weimar hayan sido concebidos por la doctrina como meras normas

---

[8] José Luis Perez Triviño, "Una revisión de la soberanía del Parlamento Británico", *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 19 (1998), pp. 171, 173 y ss.

[9] Hans-Joachim Faller, "Defensa constitucional por medio de la Jurisdicción Constitucional en la República Federal de Alemania", *Revista de Estudios Políticos*, nº 7 (1979), pp. 47 y ss.

de programa, cuyo contenido y alcance habrían de ser determinados exclusivamente por el Parlamento.[10]

II. La desmitificación de la ley en los ordenamientos constitucionales de la posguerra

1. Evolución general del concepto de la ley en el siglo XX

La concepción de la ley como instrumento al servicio de la libertad y de la democracia, que constituía la base de la confianza absoluta en el legislador, no ha resistido, sin embargo, las graves transformaciones políticas y sociales del siglo pasado. Las experiencias del siglo XX han modificado profundamente el concepto liberal de la ley que había nacido en la época de la Ilustración y tenido su expresión clásica en la antes citada Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano. Por un lado, este cambio es el resultado de los abusos cometidos también por medio de la ley en el nombre de una ideología totalitaria bajo los regímenes fascistas y comunistas. A la luz de esta historia, la célebre fórmula según la cual "el legislador no puede hacer mal" debía ser revisada. De la experiencia totalitaria resulta que el Parlamento, en determinadas circunstancias políticas, puede funcionar como fuerza opresora y violar las libertades.[11]

El papel de la ley ha cambiado también en el ordenamiento político-constitucional de las democracias liberales. En el Estado social moderno la ley no puede ser concebida como expresión jurídica de la razón abstracta; se ha convertido, al contrario, en un medio para la realización de cambiantes fines políticos, planeado a corto plazo y negociado a menudo con los diversos grupos de intereses afectados. Con esta evolución se han modificado también las estructuras básicas de la ley. La ley ya no aparece como formulación de reglas generales sobre cuestiones comunes a todos, sino que responde en muchos casos a conflictos concretos que arregla de manera muy detallada.[12]

Pero el factor decisivo en el sometimiento de la ley a los límites derivados de los derechos humanos propios ha sido el redescubrimiento de la Constitución como norma jurídica. Los derechos fundamentales, en particular, han dejado de ser meros enunciados finalistas que sólo tendrían alguna eficacia en cuanto el legislador los asumiese y en la medida en que el propio legislador libremente quisiera. A partir de la consideración de la Constitución como norma, los derechos fundamentales pasan a ser di-

---

[10] Fernández Segado, op. cit., p. 201.

[11] Louis Favoreu, "Actualité et légitimité du contrôle juridictionnel des lois en Europe Occidentale", *Revue du Droit Public et de la Science Politique*, nº 100 (1984), pp. 1147-1175.

[12] Georges Burdeau, "Essai sur l'évolution de la notion de loi en droit français", *Archives de Philosophie de Droit et de Sociologie Juridique*, 1939, pp. 7, 47.

rectamente operativos, sin necesidad de la intermediación legal y aun por encima de esa intermediación. Los derechos fundamentales están entonces dotados de un contenido jurídico específico, que vincula a todos los poderes del Estado, incluso al Poder Legislativo.[13]

2. Alemania

Un ejemplo instructivo de esta reafirmación de la fuerza normativa de los preceptos constitucionales lo proporciona el constitucionalismo alemán de la posguerra. Las normas materiales de la Constitución no se conciben como meras proclamaciones filosóficas o enunciados finalistas, sino como expresión jurídica válida de un "orden de valores" subyacente a la Constitución, el cual se manifiesta precisamente en la ordenación de los derechos y libertades del hombre y del ciudadano y cuyo valor supremo es la dignidad de la persona.[14] La Ley Fundamental de la República Federal identifica expresamente, en su artículo 1 § 1, el respeto y la protección de la dignidad humana como deberes principales de todo poder público. Consecuencia lógica de esta concepción material del orden constitucional es que los derechos fundamentales que despliegan la noción de dignidad humana con el nombre de libertades específicas vinculan y limitan también la potestad normativa del Estado. Lo precisa el artículo 1 § 3, según el cual los derechos fundamentales "vinculan a los poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial a título de derecho directamente aplicable".

Sin embargo, la Ley Fundamental no se limita a la mera afirmación de estos principios generales. Ha previsto importantes garantías de procedimiento para asegurar su implantación efectiva. Según el artículo 19 § 4, toda persona cuyos derechos subjetivos, incluso derechos fundamentales, sean vulnerados por el poder público podrá recurrir a la vía judicial. Si la violación resulta directamente de la ley y no de su aplicación por las autoridades administrativas en el caso concreto, la queja por inconstitucionalidad debe ser interpuesta ante el propio Tribunal Constitucional, que es el único competente para anular una ley inconstitucional. Asimismo, la Ley Fundamental determina una serie de reglas generales aplicables a la intervención y limitación de los derechos fundamentales por medio de la ley. Estas reglas son en parte de carácter formal, en parte de carácter sustancial. El artículo 19 § 1 contiene la prohibición de la restricción de derechos fundamentales a través o en razón de una ley individual. La ley que restrinja el derecho individual o sirva como fundamento a tal restricción deberá tener carácter general y no estar limitada al caso individual. Además, deberá citar el derecho fundamental indicando el artículo correspondiente.

---

[13] García de Enterría, op. cit., p. 619; Fernández Segado, op. cit., p. 173.

[14] *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*, vol. 7, pp. 198, 205.

Un límite material está contenido en el artículo 19 § 2 de la Constitución, que precisa que en ningún caso un derecho fundamental podrá ser afectado en su esencia. Aunque la disposición no menciona ningún poder público en particular, la doctrina alemana entiende en forma unánime que se dirige principalmente al legislador.[15] El artículo 19 § 2 fija un límite absoluto para el ejercicio de la potestad normativa en la regulación de los derechos fundamentales. La limitación del Poder Legislativo es extendida por el artículo 79 § 3 de la Ley Fundamental al legislador constitucional. Según esta disposición, es inadmisible toda modificación de la Constitución que afecte los principios enunciados en los artículos 1 y 20. La protección de la dignidad humana es de los principios consagrados por las normas antes citadas. Aunque es muy controvertido en qué medida la garantía del contenido esencial de los derechos humanos forma parte del principio de la dignidad humana protegida por el artículo 79 § 3,[16] no cabe duda de que esta disposición resulta de la misma determinación del constituyente de realizar la protección más eficaz posible de los derechos humanos que caracteriza también al artículo 19 § 2 de la Ley Fundamental (LF).

3. Francia

La vinculación del Poder Legislativo a los derechos fundamentales garantizados en la Constitución hoy forma parte del ordenamiento constitucional en la gran mayoría de los países europeos. La idea de que de los derechos fundamentales se derivan límites concretos para la actividad legislativa del Parlamento ha conocido avances importantes incluso en los países que históricamente han basado sus órdenes político-constitucionales sobre los conceptos de soberanía de la ley y de soberanía parlamentaria, es decir, en Francia y el Reino Unido.

En Francia, el Consejo Constitucional ha integrado en su decisión célebre de 16 de julio 1971 la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano del 26 agosto 1789 y el Preámbulo de la Constitución de 1946 al "bloque de constitucionalidad", que le sirve de parámetro en el control previo de las leyes bajo la Constitución de 1958.[17] Esta evolución es más notable aún por cuanto se ha realizado bajo un texto constitucional que carece de un catálogo propio de los derechos fundamentales. Hace referencia a la Declaración de 1789 y al Preámbulo de la Constitución de 1946 sólo

---

[15] En este sentido Peter-Michael Huber, en Mangoldt, Klein y Starck (eds.), *Das Bonner Grundgesetz*, vol. 1, 3ª ed., Múnich, 1999, artículo 19, núm. marginal 116 y s.; Horst Dreier, en Dreier (ed.), *Grundgesetz-Kommentar*, vol. 1, Tubinga, 1996, artículo 19 II, núm. marginal 7.

[16] Sobre las relaciones entre el artículo 19 § 2 por un lado y el artículo 79 § 3 por otro véase Günter Dürig, en Maunz y Dürig, *Grundgesetz*, artículo 1, núm. marginal 81; Huber, op. cit., artículo 19, núm. marginal 136 y s.; Michael Brenner, "Möglichkeiten und Grenzen grundrechtsbezogener Verfassungsänderungen, dargestellt anhand der Neuregelung des Asylrechts", *Der Staat*, 32 (1993), pp. 493, 507.

[17] Decisión 44 DC de 16 julio de 1971 (*Liberté d'association*).

en su Preámbulo, cuyo valor jurídico había sido negado expresamente por los autores de la Constitución de 1958.[18]

El Consejo ha reconocido el pleno valor constitucional de todas las garantías contenidas en la Declaración de 1789 y en el Preámbulo de 1946 sin hacer ningún tipo de reserva. El reconocimiento de estos principios como normas constitucionales vigentes no ha sido meramente simbólico, sino que ha producido consecuencias importantes en la práctica constitucional. El Consejo Constitucional ha pronunciado numerosas declaraciones por violación de la Declaración de 1789, lo que ha convertido de hecho este texto en el segundo más utilizado a tal fin por el Consejo, tras el propio texto articulado, y el primero en materia de derechos fundamentales.[19]

4. Reino Unido

En el Reino Unido, la Ley británica de los Derechos Humanos, de 1998, incorporando las garantías del Convenio de los Derechos Humanos en el Derecho interno, ha creado la facultad para los tribunales superiores de pronunciar la incompatibilidad de disposiciones legislativas con los derechos garantizados por el Convenio.[20] Esta declaración no produce ningún efecto jurídico inmediato; la ley incriminada continúa siendo aplicable hasta su abrogación por el propio Parlamento. Pero en la realidad tal declaración va a crear casi siempre una presión considerable sobre el gobierno, para que presente al Parlamento un proyecto de ley con el objetivo de eliminar la irregularidad de la legislación interna.

De esta manera, la Ley de Derechos Humanos ha introducido de hecho un control judicial de la compatibilidad de las leyes parlamentarias con los derechos fundamentales.[21] Esta facultad es de gran significación práctica, como lo confirma una decisión reciente que ha declarado incompatible con el Convenio una pieza esencial de la legislación antiterrorista.[22]

5. Derecho europeo

Como el ejemplo británico ya indica, el Poder Legislativo de los Estados está limitado no sólo por el Derecho Constitucional nacional, sino también por los órde-

---

[18] Pardo Falcón, *El Consejo Constitucional Francés*, Madrid, 1990, p. 120.

[19] Ibídem, p. 124.

[20] Ricardo Alonso García e Ignacio Torres Muro, "La ley británica de derechos humanos (Human Rights Act 1998): una evolución a conciencia", *Revista Española de Derecho Administrativo*, 2000, pp. 5, 25 y s.

[21] David Feldman, "The Human Rights Act 1998 and constitutional principles", *Legal Studies*, nº 19 (1999), pp. 165, 186 y s.

[22] Véase la sentencia de la Special Immigration Appeals Commission, establecida por la Ley Antiterrorista 2001, en el caso *A and others v. Secretary of State for the Home Department*, de 30 julio de 2002 (*appeal* nº SC/1-7/2002).

nes jurídicos europeos. Como es bien sabido, los países europeos han establecido desde 1950 un sistema regional de protección de los derechos humanos, el Convenio Europeo de los Derechos Humanos. Según el artículo 1 de este Convenio, los Estados miembros reconocen a toda persona dependiente de su jurisdicción los derechos y libertades definidos en el título I del Convenio (y en los protocolos adicionales pertinentes).

Es generalmente aceptado que la responsabilidad del Estado para el cumplimiento de esta obligación alcanza a los actos cometidos por todos sus órganos, incluso el Parlamento. Cuando la violación de uno de los derechos o libertades definidos en el Convenio deriva de un incumplimiento por el legislador nacional de la obligación de reconocer este derecho a toda persona bajo la jurisdicción del Estado miembro, la responsabilidad corresponde al Estado.[23]

Esta observación es también aplicable, en principio, en el marco del derecho comunitario. La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas reconoce el rango de principios generales del derecho comunitario a los derechos fundamentales, cuyo contenido exacto es determinado sobre la base de las tradiciones constitucionales de los Estados miembros y de las garantías del Convenio Europeo. Estos principios vinculan a los órganos de las Comunidades Europeas, pero también a los órganos de los Estados miembros en la medida en que implantan o aplican el derecho comunitario con independencia del carácter individual o normativo del acto de implantación.[24]

III. La función de la ley para el desarrollo normativo de los derechos humanos en el Derecho Constitucional contemporáneo

Aunque en el pensamiento institucional moderno, como se ha visto, ha desaparecido en gran parte la mística de la ley heredera del discurso iusnaturalista del siglo XVIII, la ley sigue siendo el principal instrumento para la efectiva tutela de los derechos fundamentales. A diferencia del modelo liberal en sentido estricto, según el cual la función de los derechos fundamentales se agota meramente en la protección de la esfera autónoma del individuo frente al Estado, la teoría moderna de los derechos humanos, al mismo tiempo que admite la existencia de una esfera individual básica que no puede ser restringida por la legislación, reconoce que los derechos fundamentales deben ser interpretados en el contexto de las relaciones sociales complejas típicas de la sociedad actual y que la intervención del legislador es indispensable para

---

[23] Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso *Young, James y Webster*, A 44, núm. 49.

[24] Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, Rec. 1984, pp. 19 y ss. – *VBVB und VBBB;* Rec. 1991, vol. I, pp. 2925 y ss. – *ERT*.

conformar y limitar esos derechos en su vertiente social.[25] Un ejemplo clásico de esta mutación es el tratamiento de la propiedad. En la actualidad le corresponde al legislador determinar su contenido y sus límites, así como su función social.

Esta función esencial de la ley tiene su expresión técnica en el principio de reserva de ley para el desarrollo normativo de los derechos fundamentales. Ha sido consagrado de manera general en la mayoría de los ordenamientos constitucionales de tradición romanista, como es el caso de España, entre otros, donde el artículo 53 § 2 de la Constitución de 1978 precisa que sólo por ley podrá regularse el ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Constitución. Otras constituciones, como la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania, no establecen una reserva de ley de carácter general para la globalidad de los derechos fundamentales, sino reservas de ley individualizadas en los distintos derechos fundamentales.

Las actividades del legislador autorizadas por una reserva de ley individualizada se pueden ordenar en dos grupos principales: la intervención y la configuración.[26] La intervención presupone la adopción de normas que restringen el ámbito de protección de un derecho fundamental a través de límites. Tradicionalmente se distinguen dos tipos de límites: internos y externos. Los internos sirven para determinar el contenido de un derecho fundamental y resultan intrínsecos a él. Los límites externos son normas de rango infraconstitucional que modifican alguno de los elementos configurados del derecho fundamental y que tan solo serán admisibles en la medida en que se justifiquen constitucionalmente y no sean contrarios a la Constitución. La configuración, por su parte, no consiste en la restricción del ámbito de protección del derecho fundamental, sino en la complementación de su contenido material. Presupone la ausencia o insuficiencia del contenido material del derecho fundamental y la adopción, por el Poder Legislativo, de normas de organización y de procedimiento para el ejercicio de tal derecho que sólo serán admisibles en la medida en que, por una parte, no entren en contradicción con la Constitución y, por otra, encuentren en ella su justificación. Pueden utilizarse como ejemplos el derecho asilo (artículo 16 § 2 LF), cuyo ejercicio es dependiente de la existencia de un procedimiento de protección, y la objeción de conciencia, que requiere un procedimiento para equipararlo a las obligaciones del servicio militar. En ambos casos la ley procedimental tiene un carácter ambivalente: por un lado, posibilita el ejercicio del derecho fundamental y, por otro, sujeta su invocación efectiva al respecto de las formas previstas en la ley.

En principio, todos los derechos fundamentales necesitan en mayor o en menor medida de configuración, organización y procedimiento como elementos necesarios para su ejercicio efectivo. La doctrina alemana ha sistematizado una tipología de la relevancia de la configuración de los derechos fundamentales.[27] Están, en primer lu-

---

[25] Juan Carlos Gavara de Cara, *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo*, Madrid, 1994, p. 139.

[26] Ibídem, pp. 158 y ss.

[27] Erhard Denninger, "Staatliche Hilfe zur Grundrechtsausübung durch Verfahren, Organisation

gar, los derechos fundamentales cuyo objeto de protección es un determinado procedimiento. Esto sucede en los derechos fundamentales que se relacionan con el Derecho Procesal, como el derecho a recurrir a la vía judicial o el derecho al juez legal (artículo 19 § 4, artículo 101 § 1). Otros derechos dependen de la existencia de una determinada organización o de un procedimiento administrativo; es el caso del derecho a la objeción de conciencia al servicio militar (artículo 4 § 3 LF), del derecho de asilo (artículo 16 § 2 LF) y del derecho de petición (artículo 17 LF). En otros derechos fundamentales, el objeto de protección no se vincula directamente a un determinado procedimiento u organización, pero el ejercicio del derecho fundamental está caracterizado por la concurrencia de varios titulares que implica la necesidad de normas organizadoras y procedimentales para la coordinación y la participación de dichos titulares. Esta problemática de "organización de la libertad" está vinculada sobre todo a los derechos a la libertad científica (artículo 5 § 3 LF) y la libertad de radiodifusión (artículo 5 § 1 LF).

Estos derechos son ejercidos por determinadas unidades formadas por diferentes titulares, como pueden ser la universidad y las cadenas radiofónicas. El legislador debe establecer regulaciones sobre la adecuación de las organizaciones internas de las unidades referidas anteriormente a los principios de los derechos fundamentales.[28] Finalmente, se necesitan regulaciones de organización y procedimiento para evitar colisiones entre diferentes derechos fundamentales o entre derechos fundamentales y otros bienes constitucionalmente protegidos. Estas regulaciones son frecuentemente utilizadas en el derecho a la libertad de reunión (artículo 8 LF) y de asociación (artículo 9 LF), pero también en el derecho de la propiedad (artículo 14 LF).

Al mismo tiempo, la competencia del legislador para el desarrollo normativo de los derechos fundamentales nunca puede ser ilimitada. Éste resulta del carácter vinculante de los derechos fundamentales para todos los poderes constituidos en el Estado, incluso el Poder Legislativo. Cuando son reconocidos a nivel constitucional, los derechos fundamentales se convierten en normas que tienen el rango más elevado en la jerarquía legal, por lo que en principio las leyes ordinarias no podrían atentar contra ellas, salvo en los casos y en la medida en que la propia norma suprema autoriza al legislador para regularlos. Esta observación vale no sólo para las restricciones en sentido estricto de los derechos fundamentales, sino que es igualmente aplicable, en principio, a las normas destinadas a su desarrollo y complementación.[29] El carácter

---

und und Finanzierung", en Josef Isensee y Paul Kirchhof (eds.), *Handbuch des Staatsrechts*, vol. 5, Heidelberg, 1992, núm. marginal 7.

[28] Véase la sentencia del Tribunal Constitucional alemán, *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*, vol. 35, pp. 79, 120 y ss., sobre las exigencias constitucionales con respecto a la regulación de la organización universitaria.

[29] En este sentido el Tribunal Constitucional alemán ha incluido expresamente en el ámbito de aplicación de la garantía del contenido esencial (artículo 19 § 2 LF) las leyes de configuración adoptadas de conformidad con las reservas de los artículos 12 § 1 y 14 § 1 LF, *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*, vol. 21, pp. 92-93, y vol. 33, pp. 303, 353.

vinculante de la norma constitucional requiere en estos casos que el legislador tome en cuenta la finalidad y el contenido del derecho en cuestión cuando fija las condiciones de su ejercicio. En otros términos, los derechos fundamentales funcionan como principios directivos para la formulación de normas infraconstitucionales en esos campos del Derecho que están directamente vinculados a su realización. De este modo, establecen ciertos límites para el ejercicio de la competencia legislativa en materia de derechos fundamentales, aunque de manera más flexible que en el caso de regulaciones cuyo contenido normativo se agota en la restricción o abrogación parcial de determinadas libertades.

IV. Tipología de los límites para las leyes reguladoras de derechos humanos en el Derecho nacional e internacional

1. Límites específicos

Los límites para el Poder Legislativo en la regulación de los derechos fundamentales pueden resultar del propio texto constitucional o de su interpretación teleológica y sistemática por la jurisdicción constitucional. Se pueden ordenar en una tipología según varios criterios. El primero se refiere al ámbito de aplicación del límite respectivo. Los límites generales se aplican, en principio, a la regulación de todos los derechos fundamentales, mientras que los límites individualizados son aplicables sólo a un derecho distinto. Esta distinción se deriva directamente de las constituciones nacionales y de los instrumentos internacionales sobre la protección de los derechos humanos, pues todos los textos reconocen derechos que simplemente pueden ser limitados mediante una ley, sin cualificación cualquiera, y otros que exigen, en cambio, que esa ley cumpla determinados requisitos.[30]

Puede utilizarse como ejemplo de la segunda clase el artículo 11 de la Ley Fundamental alemana, que protege la libertad de circulación y de residencia. Según el artículo 11 § 2, este derecho no podrá ser restringido sino en virtud de una ley y *únicamente* en las circunstancias definidas en el propio texto constitucional, es decir, en el caso en que la falta de medios suficientes de subsistencia pudiera dar lugar a cargas especiales para la comunidad, o cuando fuera necesario para combatir un peligro que amenace la existencia o el régimen fundamental de libertad y democracia de la Federación o de un *Land*, o para conjurar el peligro de epidemias, catástrofes naturales o siniestros especialmente graves, para proteger a la juventud del desamparo o para prevenir actos delictivos.

---

[30] Rodolfo Vidal Gómez Alcalá, *La ley como límite de los derechos fundamentales*, México, 1997, p. 210.

Otro ejemplo de un límite individualizado es el contenido en el artículo 5 § 2 de la Ley Fundamental, que precisa que las libertades de opinión y de información tienen sus límites en las disposiciones de leyes generales, en las disposiciones legales adoptadas para la protección de la juventud y en el derecho al honor personal. Así, la Constitución está limitando la restricción de las libertades de comunicación por el legislador a la realización de determinados fines materiales. Esto se aplica también a la primera alternativa que admite la restricción de la libertad de opinión mediante una ley general, pues se trata de una cualificación no sólo formal, sino material de la ley: según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán, la ley general no podría ser dirigida contra una opinión como tal, no podría prohibir una opinión por su contenido, sino que debe proteger un bien jurídico, un valor común que merece esa protección de manera absoluta, sin respeto de la opinión afectada, y tiene la preeminencia sobre el ejercicio de la libertad de expresión.[31] En otros términos, la ley general se caracteriza por su objeto de protección, el bien público o interés jurídicamente protegido de rango igual o superior a la libertad de expresión.

2. Límites de alcance general

Al lado de los requisitos que fijan las normas constitucionales para la regulación de derechos fundamentales específicos existen algunos límites de alcance más general. Éstos pueden clasificarse en dos grupos principales: los límites de carácter formal y los de carácter sustancial. La Ley Fundamental alemana, que representa un adelanto importante en lo que toca a la reducción de las facultades discrecionales del Poder Legislativo en la materia de los derechos fundamentales, ofrece una reglamentación particularmente avanzada de los límites de la primera clase.

Como se ha visto, el artículo 19 § 1 establece requisitos formales explícitos que debe seguir el Poder Legislativo para limitar el ejercicio de los derechos fundamentales. En la medida en que, de acuerdo con la Ley Fundamental, un derecho fundamental puede ser restringido a través de una ley o en razón de una ley, ésta deberá tener carácter general y no estar limitada al caso individual. Además, deberá citar el derecho fundamental indicando el artículo correspondiente. La limitación formal del Poder Legislativo en materia de derechos fundamentales se compone así de dos conceptos distintos: por una parte, la prohibición de ley individual en el ámbito de los derechos fundamentales, y por otra, la obligación de citar el artículo afectado por la restricción.

---

[31] *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*, vol. 7, pp. 198, 209 y s.

A. Prohibición de ley individual en materia de derechos fundamentales

La prohibición de utilizar una ley individual para la restricción de derechos fundamentales ha de ser interpretada de manera extensiva. El concepto de *restricción* (en alemán: *Einschränkung*), si se aplicase literalmente, tan solo se podría referir a las reservas de ley establecidas en el artículo 11 § 2 antes mencionado y el artículo 17 de la Ley Fundamental, ya que dicho termino únicamente se utiliza en estos dos artículos. Por este motivo debe asimilarse el concepto de restricción a los términos de intervención (*Eingriff*) y de limitación (*Beschränkung*), que son empleados en el mismo sentido en las otras reservas de ley en materia de derechos fundamentales. Además, la prohibición de intervención por medio de ley individual es aplicable también a cualquier otro desarrollo normativo de los derechos fundamentales.[32] La cuestión tiene su importancia en el marco de algunas reservas de ley que no se refieren a la limitación o restricción en sentido estricto del derecho fundamental, sino a su configuración o complementación. Al interpretar literalmente el artículo 19 § 1, la actividad de configuración no entraría en la de restricción prevista en dicho artículo. Pero difícilmente podrá imaginarse la determinación del contenido de un derecho por acto individual.

Por otro lado, el artículo 19 § 1 de la Ley Fundamental no constituye en sí mismo una autorización de carácter general para regular los derechos fundamentales, sino que presupone que se trata de la utilización de una reserva de ley ya prevista en otra parte de la Constitución. Así, una ley sobre la organización universitaria no entraría en el ámbito de aplicación del artículo 19 § 2, pues la garantía constitucional de la libertad científica no contiene reserva de ley.

La significación práctica de la prohibición de ley individual está muy controvertida en la doctrina alemana. Según el Tribunal Constitucional, se limita en lo esencial a la prohibición del tratamiento discriminatorio a un individuo por el legislador. No puede seleccionar arbitrariamente un caso determinado de una serie de casos muy similares y hacerlo objeto de una reglamentación única y excepcional. Sin embargo, la disposición no se aplica, todavía según el Tribunal, si el caso que debe ser regulado es el único de su tipo y si existen motivos urgentes para su reglamentación.[33]

B. Obligación de cita

El segundo requisito formal establecido por la Constitución alemana para el ejercicio del Poder Legislativo en materia de derechos fundamentales se refiere a la obligación de citar el artículo objeto de limitación. La ley debe especificar el derecho que está restringiendo y señalar en particular el artículo donde se encuentra consignado. De esta manera, es posible verificar lo que se está regulando y permitir su control

---

[32] Dreier, op. cit., artículo 19 I, núm. marginal 10.

[33] *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*, vol. 25, pp. 371, 399; vol. 85, pp. 360, 374.

constitucional. La obligación de cita ha sido aplicada restrictivamente por la jurisprudencia constitucional,[34] la cual ha reconocido una serie de derechos fundamentales que no entran en su ámbito de aplicación. En primer lugar, la obligación no es aplicable a los derechos fundamentales que son limitados directamente por la propia Ley Fundamental. En este caso la ley no podría concretar límites distintos de los previstos en el propio artículo: la obligación de cita sería una formalidad inútil. El derecho al libre desarrollo de la personalidad (artículo 2 § 1 LF)[35] y el derecho a la libertad de expresión (artículo 5 § 1)[36] entran en esta primera categoría.

Por otra parte, la obligación de cita no se aplica a los regulaciones que están configurando y no limitando un derecho fundamental; por ejemplo, a las leyes que regulan el procedimiento de la objeción de conciencia o el contenido de la propiedad.[37] De este modo, el ámbito de aplicación de la obligación de citar se circunscribe a la regulación de los derechos fundamentales que incluyan expresamente autorización para una intervención, limitación o restricción. Los derechos correspondientes incluyen, entre otros, la libertad de circulación y de residencia y la inviolabilidad del domicilio.[38]

Y aun es necesario que se trate del establecimiento de restricciones o limitaciones nuevas; si el legislador sólo confirma restricciones previstas en una ley anterior o se limita a la modificación marginal de limitaciones ya existentes, la obligación de cita no es aplicable, según la jurisprudencia constante del Tribunal Constitucional. En este caso, el objetivo de la norma, que aspira a una reflexión profunda del legislador en el momento de la introducción de nuevas restricciones de las libertades fundamentales en el sistema jurídico, ya ha sido logrado con el cumplimiento de la obligación de cita en la ley modificada.[39] En vista de las numerosas excepciones a su ámbito de aplicación, no resulta sorprendente que la obligación de cita tenga poca relevancia práctica.[40]

C. Principio de proporcionalidad

La segunda clase de límites generales para la regulación de los derechos fundamentales por medio de la ley se compone esencialmente de dos principios: el principio de la proporcionalidad, por un lado, y la garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales, por otro. En el Derecho Constitucional alemán, sólo el se-

---

[34] *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*, vol. 64, pp. 72, 79 y s.

[35] *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*, vol. 10, pp. 89, 99.

[36] *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*, vol. 28, pp. 282, 289; vol. 33, pp. 52, 77 y s.

[37] *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*, vol. 21, pp. 92, 93 y vol. 24, pp. 367, 396 y s. con respecto al artículo 14 LF.

[38] Huber, op. cit., artículo 19, núm. marginal 75.

[39] *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*, vol. 35, pp. 185, 189.

[40] Huber, op. cit., artículo 19, núm. marginal 79.

gundo principio ha sido consagrado expresamente por el texto constitucional, en el artículo 19 § 2 ya mencionado. El principio de proporcionalidad, en cambio, no figura como tal en los preceptos constitucionales, aunque las disposiciones sobre la protección de derechos específicos se refieren a veces al principio de necesidad, que constituye la parte central de la proporcionalidad. Es el caso del artículo 11 antes citado, que precisa, entre otros, que la libertad de circulación podrá ser restringida únicamente cuando ello sea *necesario* para combatir un peligro que amenace la existencia o el régimen fundamental de libertad y democracia de la Federación o de un *Land* o para conjurar otros peligros graves.

La doctrina alemana deriva la aplicación del principio de proporcionalidad parcialmente del artículo 19 § 2 de la Ley Fundamental o del principio de Estado de Derecho.[41] Sin embargo, este principio en lo esencial resulta directamente del carácter vinculante de los derechos fundamentales para el Poder Legislativo, que ha sido reconocido formalmente en el artículo 1 § 3 de la Constitución. La vinculación efectiva del Poder Legislativo a los derechos fundamentales sería incompatible con la utilización arbitraria o irracional de sus competencias de restricción o de configuración en el desarrollo normativo de las garantías constitucionales.[42] El Tribunal Constitucional alemán aplica un razonamiento similar cuando destaca que en el fondo el principio de proporcionalidad está basado en la naturaleza de los propios derechos fundamentales, que constituyen la expresión jurídica del derecho general del ciudadano a la libertad y no pueden ser restringidos más de lo que sea necesario para proteger los intereses públicos.[43]

En el marco del artículo 5 de la Ley Fundamental el Tribunal Constitucional ha precisado su concepción de la función limitativa de los derechos fundamentales frente al poder normativo del Estado. Según el Tribunal, las leyes generales no deben comprenderse como una limitación unilateral de la vigencia de los derechos fundamentales. Hay un efecto recíproco (*Wechselwirkung*) entre la ley que está limitando un derecho fundamental y el derecho correspondiente, en el sentido de que la ley, ciertamente, establece límites al derecho fundamental en sentido literal; pero, por su parte, la interpretación de la ley debe inspirarse en la función que este derecho fundamental tiene para la realización de los valores fundamentales del Estado liberal democrático, con el resultado que los efectos limitativos de la ley deben ser nuevamente apreciados y recortados en virtud de esta función valorizadora.[44]

El principio de proporcionalidad, tal como ha sido aplicado en la jurisprudencia constitucional alemana, está constituido por tres elementos. En primer lugar, la inter-

---

[41] Sobre este debate véase Gavara de Cara, op. cit., pp. 313 y ss.

[42] Christian Starck, en Mangoldt, Klein y Starck (eds.), *Das Bonner Grundgesetz*, vol 1, 3ª ed., Múnich, 1999, artículo 1, núm. marginal 249.

[43] *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*, vol. 19, pp. 342, 348 y ss.; vol. 35, pp. 382, 401.

[44] *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*, vol. 7, pp. 198, 209.

vención en el derecho fundamental debe ser adecuada para alcanzar la finalidad perseguida por la medida legislativa. Una intervención es inadecuada cuando dificulta el alcance de la finalidad proyectada o cuando no desarrolla ningún efecto en relación con el objeto de la medida.[45] Posteriormente, se trata de determinar si la medida adecuada es necesaria para alcanzar el objetivo perseguido. Se plantea la cuestión de si la misma finalidad no puede ser conseguida con una intervención menos restrictiva para el derecho fundamental. El principio de necesidad como segundo elemento principal del control de proporcionalidad implica la utilización del medio más benigno para el ejercicio del derecho fundamental. No debe existir otra medida igualmente efectiva y adecuada, pero distinta de la utilizada, que presuponga una menor restricción para el derecho fundamental.[46] Finalmente, se plantea el problema de la proporcionalidad en sentido estricto. Según la formulación utilizada por el Tribunal Constitucional alemán, los efectos negativos para el ejercicio del derecho fundamental generados por la medida legislativa no deben ser excesivos en relación con la finalidad perseguida por ella.[47] Se trata de establecer un balance entre los efectos positivos de la medida para la promoción del bien público, por un lado, y sus efectos negativos para la realización de la libertad individual protegida por el derecho fundamental afectado, por otro. Esta comparación entre medios y fines debe orientarse a determinar la intensidad de la limitación. Cuanto mayor sea la limitación que realiza la regulación en la posición jurídica de los individuos, más importantes deberán ser los intereses generales que persigue dicha regulación.[48]

El principio de proporcionalidad ha sido integrado expresamente en el texto de algunas Constituciones europeas recientes, especialmente las de las nuevas democracias de Europa de Este. Por ejemplo, la Constitución de Rumania de 1991 establece en su artículo 49 que el ejercicio de los derechos y de las libertades fundamentales sólo podrá ser restringido por ley y únicamente cuando sea necesario, según las circunstancias del caso, para proteger la seguridad nacional, la salud o la moral, los derechos y libertades de los ciudadanos, para asegurar la instrucción penal o para combatir las consecuencias de una catástrofe natural o de una emergencia particularmente grave. La restricción debe ser proporcionada a la situación que la hizo necesaria y no debe afectar la existencia del derecho o de la libertad fundamental. De manera similar, la Constitución rusa limita las facultades discrecionales del legislador en la regulación de los derechos humanos. Según el artículo 55 § 3 de la Carta de 1993, los derechos y libertades del hombre y del ciudadano no podrán ser restringidos más de lo que pudiera ser necesario para la protección de los fundamentos del ordenamiento

---

[45] *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*, vol. 30, pp. 292, 316; vol. 63, pp. 88, 115.
[46] *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*, vol. 30, pp. 292, 316; vol. 39, pp. 156, 165.
[47] *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*, vol. 48, pp. 396, 402; vol. 83, pp. 1, 19.
[48] *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*, vol. 13, pp. 97, 113; vol. 17, pp. 232, 242.

constitucional, la moral, la salud, los derechos o intereses legales de otras personas, la garantía de la defensa nacional y la seguridad del Estado.

Pero la proporcionalidad no está reconocida como principio de aplicación general en todos los países europeos. En Francia, por ejemplo, el principio de proporcionalidad, extraído del tenor literal del artículo 8 de la Declaración de 1789, según el cual la ley no debe establecer otras penas que las estricta y evidentemente necesarias, constituye una destacable particularidad del control de constitucionalidad de las leyes por el Consejo Constitucional en materia de Derecho Penal, pero no tiene equivalente en otros campos del Derecho.[49] En España, el Tribunal Constitucional ha utilizado con mayor frecuencia el concepto de proporcionalidad, aunque son escasas las ocasiones en que lo aplicó en forma integral, es decir, empleando los tres subprincipios descritos antes. La utilización ha sido especialmente frecuente en casos en que se encontraba involucrado el derecho a la igualdad ante la ley. En ese ámbito, se estableció la necesidad de reunir tres condiciones: a) que las singularizaciones respondan a un fin constitucional; b) que exista coherencia entre el fin y los medios; c) que las consecuencias sean proporcionadas al fin. Esto se explica porque, reconocida la verdad obvia de que carece de sentido hablar de "igualdad absoluta" entre los potenciales destinatarios de una norma, el problema se concretaría en determinar cuál es el fundamento para la delimitación por el legislador del ámbito personal de aplicación de sus disposiciones y cuál también la proporcionalidad entre este fundamento y las consecuencias jurídicas imputadas.[50] Sin embargo, en algunas decisiones más recientes el Tribunal Constitucional ha manifestado una tendencia creciente a aplicar el principio de proporcionalidad a las libertades individuales como la libertad de reunión[51] o la objeción de conciencia al servicio militar y social.[52]

Finalmente, el principio de necesidad como elemento principal de la proporcionalidad forma parte igualmente del Derecho europeo sobre la protección de los derechos humanos. Los artículos 8 a 11 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, que garantizan los derechos al respeto de la vida privada, la libertad de pensamiento, la libertad de expresión y la libertad de reunión, establecen en cada caso que esos derechos no podrán ser objeto de otras restricciones que aquellas previstas por la ley y que constituyan medidas necesarias en una sociedad democrática para la efectiva tutela de los demás derechos o valores fundamentales o bien para conservar el funcionamiento de las instituciones del Estado. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos

---

[49] Pardo Falcón, op. cit., p. 293.

[50] Juan Cianciardo, *El conflictivismo en los derechos fundamentales*, Pamplona, 2000, pp. 308 y s.

[51] Sentencia del Tribunal Constitucional 66/1995, Repertorio de las Decisiones del Tribunal Constitucional 1995, vol. II, pp. 7, 26 y s.

[52] Sentencia del Tribunal Constitucional 55/1996, *Repertorio de las Decisiones del Tribunal Constitucional*, vol. I, pp. 609, 635 y ss.

ha interpretado esta cláusula de manera extensiva. Según su jurisprudencia, el Tribunal debe averiguar si las medidas tomadas en el nivel nacional se justifican en principio y son proporcionadas al fin legítimo que persiguen. Debe asegurarse un justo equilibrio de los intereses en juego, de suerte que no haya desproporción entre el medio empleado y el fin legítimo perseguido; pues, de darse esta desproporción, aun cuando concurra un fin legítimo, se producirá violación del artículo correspondiente.[53]

D. Garantía del contenido esencial

La otra institución de carácter sustancial que tiende a limitar al Poder Legislativo en su función de regulador de los derechos fundamentales es la defensa del contenido esencial. Apareció por primera vez en la Ley Fundamental de la República Federal de 1949, cuyo artículo 19 § 2 señala que en ningún caso se podrá afectar el contenido esencial de un derecho fundamental. Dicha disposición fue copiada por otras constituciones, incluso por el artículo 53 de la Constitución española de 1978.[54] Su sentido exacto está muy controvertido en la doctrina alemana. Las llamadas *teorías absolutas* consideran que un derecho fundamental está compuesto de un núcleo y una periferia, de tal modo que la infracción del núcleo produce inevitablemente la inconstitucionalidad de la medida legislativa. Parten de la constatación de que lo que pretende la cláusula de contenido esencial es reforzar la garantía de los derechos fundamentales, haciendo más rigurosa la vinculación del legislador a la Constitución cuando su actividad tiene por objeto el desarrollo de los derechos fundamentales garantizados por la Constitución. Por esto, las teorías absolutas equiparan el contenido esencial a la parte o núcleo duro del derecho fundamental. Cada derecho fundamental tiene un núcleo sustancial inmune a la actuación del legislador y una periferia afectable por el ejercicio de las competencias legislativas. Esto no significa, sin embargo, que el contenido no esencial, la periferia del derecho fundamental, quede absolutamente disponible para el legislador: cualquier intervención legislativa en este ámbito debe superar el control de proporcionalidad. La diferencia estriba en que la intervención en la parte esencial del derecho fundamental queda vedada en absoluto por la garantía de dicho contenido y no puede justificarse por la racionalidad.[55]

Las teorías relativas acerca del contenido esencial de los derechos fundamentales consideran —y ésta es su diferencia sustancial respecto de las teorías absolutas—

---

[53] Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso *Observer and Guardian*, A 216, núm 59 d); caso *Groppera Radio AG*, A 173, núm. 72.

[54] Otros textos constitucionales que han integrado el concepto de defensa de contenido esencial incluyen la Carta de los derechos y libertades fundamentales de la República Checa (artículo 4 § 4) y la Constitución rumana (artículo 49 § 2).

[55] Huber, op. cit., artículo 19, núm. marginal 140 y ss.; Dreier, op. cit., artículo 19 II, núm. marginal 12; Cianciardo, op. cit., pp. 258 y ss.

que el contenido esencial no constituye una medida preestablecida y fija, ya que no es un elemento estable ni una parte autónoma del derecho fundamental. En este sentido, el contenido esencial de los derechos fundamentales tiene un valor declarativo que se obtiene a través del control de constitucionalidad de las normas de desarrollo de los derechos fundamentales a partir de la no contradicción y su justificación en la Constitución. Toda vez que la limitación de un derecho fundamental se encuentre debidamente justificada, se habrá respetado la garantía del contenido esencial. No hay sectores del derecho fundamental que no puedan ser afectados por el legislador, siempre y cuando exista una razón suficientemente poderosa. El contenido esencial, entonces, podría ser definido como aquella parte del derecho que comienza cuando el límite impuesto por la ley deja de ser proporcionado. Para la teoría relativa, en síntesis, contenido esencial y principio de proporcionalidad son una sola cosa. Normativamente, el contenido esencial no agrega nada a la protección de los derechos fundamentales frente al poder normativo del Estado.[56]

El Tribunal Constitucional alemán se ha abstenido de tomar una posición definitiva en la controversia entre teorías absolutas y relativas. En su jurisprudencia apenas existen pronunciamientos abstractos sobre la determinación del contenido esencial de los derechos fundamentales. En las escasas ocasiones en que el Tribunal se pronuncia sobre el alcance del artículo 19 § 2 de la Ley Fundamental, manifiesta una cierta tendencia favorable a la interpretación estricta del contenido esencial, en el sentido de un contenido mínimo de cada derecho fundamental que en ningún caso debe ser objeto de injerencia legislativa.[57] En otras decisiones, sin embargo, el Tribunal parece equiparar la garantía del contenido esencial al control de proporcionalidad y negar su función como límite autónomo del Poder Legislativo.[58]

Al contrario del Tribunal alemán, el Tribunal Constitucional español ha elaborado una doctrina más detallada sobre el contenido esencial. En sustancia, su posición parece muy cerca de las teorías absolutas.[59] Según el Tribunal, el contenido esencial es aquella parte del contenido de un derecho sin la cual éste pierde su peculiaridad, lo que hace que sea reconocible como derecho perteneciente a un determinado tipo. Está constituido por las facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como pertinente al tipo descrito o, dicho de otro modo, para que los intereses jurídicamente protegibles, que dan vida al derecho, resulten real, concreta y efectivamente protegidos.[60] Aunque el Tribunal no hace una referencia

---

[56] Huber, op. cit., artículo 19, núm. marginal 143 y ss.; Dreier, op. cit., artículo 19 II núm. marginal 13; Cianciardo, op. cit., pp. 260 y s.

[57] *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*, vol. 7, pp. 377, 411; vol. 80, pp. 367, 373.

[58] *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*, vol. 27, pp. 344, 352.

[59] Luis Prieto Sanchís, *Estudios sobre derechos fundamentales*, Madrid, 1990, pp. 143 y s.; Cianciardo, op. cit., p. 266.

[60] Sentencia del Tribunal Constitucional 11/1981, *Repertorio de las Decisiones del Tribunal Constitucional 1981*, pp. 174, 191.

expresa al problema, de su definición se puede deducir el carácter absoluto del contenido esencial, ya que se construye dicho núcleo a partir de las facultades o posibilidades de actuación o bien a partir de los intereses jurídicamente protegidos, criterios preexistentes que se sustraen a la intervención del legislador.[61] Sin embargo, en pronunciamientos posteriores el Tribunal se ha acercado a la teoría relativa, realizando simplemente un juicio económico, de eficacia, entre las medidas limitadoras y los fines perseguidos, sin aludir a la intangibilidad del contenido esencial como límite adicional a la intervención del Poder Legislativo.[62]

V. La contrapartida de la limitación del Poder Legislativo en materia de derechos humanos: el margen de apreciación

De lo anterior resulta claramente que la limitación más importante del Poder Legislativo en la regulación de los derechos fundamentales se deriva del control de proporcionalidad. Sin embargo, se trata de un principio de aplicación general que se extiende a todos los niveles de la injerencia estatal en los derechos fundamentales, tanto a las normas pertinentes como a las decisiones de aplicación en un caso concreto. Pero el análisis comparativo revela cierta circunspección de los tribunales constitucionales en la aplicación de los principios de necesidad y de proporcionalidad a los actos legislativos. Esta prudencia corresponde a la posición particular del Poder Legislativo en las sociedades democráticas.

En una sociedad de tipo democrático la tarea de concretar el contenido de los derechos fundamentales, de fijar los límites recíprocos entre las libertades de cada uno y de establecer el balance entre los derechos individuales por un lado y las exigencias del bien público por otro, incumbe al Parlamento, que ha sido elegido libremente por la ciudadanía en su totalidad. Esto supone la concesión de un amplio poder de discrecionalidad al legislador en detrimento de los poderes del juez constitucional, al menos en los casos en que, como sucede frecuentemente en materia de derechos fundamentales, el concepto constitucional es enunciado en términos bastante genéricos, de suerte que la plasmación en el plano de la realidad puede llevarse a cabo de

---

[61] Gavara de Cara, op. cit., p. 356.

[62] En este caso, se examinó la constitucionalidad del artículo 428 del antiguo Código Penal que permitía la esterilización del incapaz que adoleciera de graves deficiencias psíquicas a petición de su representante legal y con autorización judicial. Aunque en vista de la limitación grave de la integridad física del incapaz habría sido lógico definir el núcleo de este derecho, el Tribunal, sin aludir al concepto de contenido esencial, se limitó a señalar que “el problema de la sustitución del consentimiento en los casos de inidoneidad del sujeto para emitirlo […] se convierte […] en el de la justificación y proporcionalidad de la acción interventora sobre su integridad corporal; una justificación que únicamente ha de residir […] en la concurrencia de derechos y valores constitucionalmente protegidos cuya protección legitime la limitación del derecho fundamental a la integridad física que la intervención entraña”. Véase Sentencia del Tribunal Constitucional 215/1994, *Repertorio de las Decisiones del Tribunal Constitucional 1994*, vol. II, pp. 1021, 1037.

distintas maneras. Este problema del poder discrecional del legislador en la concreción de los derechos fundamentales y de sus límites ha sido conceptualizado de varias formas en la jurisprudencia de los tribunales nacionales y europeos.

1. Margen de apreciación y derecho al error de pronóstico en la jurisprudencia alemana

En Alemania, el Tribunal Constitucional reconoce que el Poder Legislativo no sólo tiene competencia para fijar las finalidades de la ley que interviene en los derechos fundamentales en el marco de la Constitución, sino que puede elegir entre varias posibilidades para alcanzar sus objetivos. En este contexto el legislador goza, según la jurisprudencia constante del Tribunal Constitucional, de un margen de apreciación en la selección de las medidas adecuadas para perseguir dichos objetivos.[63] Meros errores de pronóstico del legislador en la previsión de los efectos futuros de la regulación adoptada no conducen necesariamente a la inconstitucionalidad de la ley.[64] No parece razonable exigir al legislador la previsión de todas las circunstancias que afectarán el logro del fin que mediante la medida se procura. El Tribunal pronuncia la inconstitucionalidad de la medida por falta de idoneidad tan solo cuando el legislador ha optado por una medida objetiva o manifiestamente inadecuada.[65] La aplicación de estos criterios está destinada a garantizar que el control de la adecuación o idoneidad de la medida no se convierta en un mero examen de oportunidad. Si la finalidad de la decisión se fundamenta o deriva de la Constitución, no contradice el texto constitucional y mantiene algún tipo de relación con la restricción ocasionada en el derecho fundamental, va a ser considerada adecuada.[66]

El control de la necesidad de la ley se inspira en consideraciones similares a las aplicadas en el examen de la idoneidad. El Poder Legislativo tiene libertad en cuanto a la selección del medio que considere oportuno para la intervención.[67] No corresponde al juez constitucional establecer si el medio elegido es el mejor, entre varios posibles, es decir, si el elegido es o no el más eficaz. Para el cumplimiento de la exigencia de necesidad es suficiente que no exista otro medio igualmente efectivo que suponga una restricción menor para el derecho fundamental. Con respecto a la apreciación de la eficacia de diversos instrumentos para realizar la finalidad perseguida, el legislador puede hacer valer el mismo derecho a equivocarse en el pronóstico que le ha sido

---

[63] *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*, vol. 90, pp. 145, 173.

[64] El legislador está obligado, sin embargo, a revisar o modificar sus conceptos iniciales en función de la evolución posterior. Véase *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*, vol. 12, pp. 1, 13.

[65] *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*, vol. 16, pp. 147, 181; vol. 17, pp. 306, 317; vol. 19, pp. 119, 126 y s.

[66] *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*, vol. 30, pp. 250, 263.

[67] *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*, vol. 77, pp. 84, 106; vol. 90, pp. 145, 183.

concedido en el marco del control de la idoneidad. Plantear diversos tipos de restricción y elegir el más benigno es evidentemente una decisión de oportunidad legislativa que sólo puede ser censurada constitucionalmente en el caso de que la opción del legislador sea arbitraria.[68]

2. *El concepto de "compatibilidad" de leyes reguladoras de derechos fundamentales con la Constitución del Consejo Constitucional francés*

En Francia, la intensidad del control de constitucionalidad de las leyes efectuado por el Consejo Constitucional varía en los diferentes campos de Derecho, oscilando desde la estricta conformidad de la ley ordinaria a la norma constitucional hasta la mera compatibilidad entre la primera y la segunda. Parece que aquellas normas que regulan materias objeto de un amplio tratamiento a nivel constitucional, como los reglamentos de las cámaras, que se ocupan del derecho parlamentario, y, en menor medida, las leyes orgánicas, que se encargan de las instituciones fundamentales del Estado, son sometidas por el Consejo a un control de constitucionalidad especialmente meticuloso, que les exige con relación a la Norma Fundamental lo que la doctrina ha llamado *la conformidad*. Ésta no se agota en la no contradicción a la Constitución, sino que exige además el desarrollo concreto del modelo normativo esbozado en la norma superior.[69]

En cambio, con respecto a aquellas otras materias que no han sufrido un tratamiento tan detallado en el texto constitucional, el control del Consejo Constitucional es mucho menos intenso, pues en este caso el legislador ya no tiene que someterse a una reglamentación previamente establecida en la Constitución, limitándose a desarrollarla, sino que en la mayoría de los casos su actuación únicamente se encontrará condicionada por la necesidad de respetar un principio de constitucionalidad enunciado en términos generales. Esta materia es esencialmente la relativa a los derechos y libertades que, por su naturaleza y la edad de los documentos constitucionales que los incorporan, no son objeto de una regulación excesivamente minuciosa en el texto constitucional. Inevitablemente, éste supone la concesión de un margen de maniobra amplio al legislador y una reducción correspondiente de los poderes de control del juez constitucional, que debe circunscribir su control únicamente a la verificación de la existencia de una mera compatibilidad de la ley con la Constitución, esto es, a que la actuación del legislador no desconozca el derecho o la libertad reconocidos constitucionalmente.[70]

---

[68] *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*, vol. 21, pp. 150, 157.

[69] Louis Favoreu, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, 9ª ed., caso 3, núm. marginal 16 y ss.; Pardo Falcón, op. cit., pp. 195 y ss.

[70] Pardo Falcón, op. cit., pp. 197 y s.

La expresión más clara de este necesario *self-restraint* del juez constitucional la alcanza el Consejo con su doctrina del error manifiesto, formulada por primera vez de manera explicita en la decisión sobre las nacionalizaciones bajo el gobierno socialista de los años ochenta. En la citada decisión, el Consejo considera que la apreciación de la necesidad de las nacionalizaciones por el legislador no debe ser censurada por el Consejo, salvo en caso de error manifiesto.[71] Con tal doctrina, el Consejo Constitucional confirma que sobre esta materia su intervención debe reducirse exclusivamente al ejercicio de un control mínimo sobra la actividad del legislador, por lo que sólo podrá pronunciar declaraciones de inconstitucionalidad cuando éste haya incurrido en error manifiesto de apreciación o, dicho de otra manera, cuando haya procedido a regular una materia de forma abiertamente contraria a los principios constitucionales.[72] En cambio, en aquellos casos en que la actuación del legislador, aun siendo muy discutible desde otros enfoques jurídicos y no jurídicos, no se muestre como inequívocamente opuesta a la Norma Fundamental, el Consejo Constitucional evitará pronunciar una decisión de rechazo.

El Consejo ha reconocido una serie de materias en las cuales la regulación del legislador sólo es susceptible de ser anulada si se produce un error manifiesto de apreciación de éste en el tratamiento de aquéllas; por ejemplo, en materia de impuestos,[73] en relación con la necesidad de las penas en el sentido establecido por el artículo 8 de la Declaración de 1789,[74] o en materia de amnistía.[75] Sólo en escasas ocasiones se ha resuelto el Consejo Constitucional a pronunciar una anulación por existencia de un error manifiesto, lo que ha llevado a parte de la doctrina a afirmar que de hecho el Poder Legislativo goza de una inmunidad jurídica parcial para su trabajo normativo en materia de derechos humanos.[76]

3. El margen de apreciación en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

En el nivel europeo, al respeto debido a la legitimación democrática del legislador se añade el carácter subsidiario de la protección europea de los derechos humanos en relación con los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros. Por esta razón, el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos ha reconocido de manera constante que los Estados gozan de un margen de apreciación en la adopción de las medidas más adecuadas para cumplir sus obligaciones bajo el Convenio. El margen de apre-

---

[71] Decisión 132 DC de 16 de enero de 1982 (*Nationalisations*).
[72] Véase sobre este punto Favoreu, op. cit., caso 31, núm. marginal 24; Pardo Falcón, op. cit., p. 199.
[73] Decisión 164 DC de 29 diciembre de 1983 (*Impôt sur les grandes fortunes*).
[74] Decisión 127 DC de 19 y 20 de enero de 1981 (*Loi Sécurité et Liberté*).
[75] Decisión 244 DC de 20 julio de 1988 (*Amnisties*).
[76] Pardo Falcón, op. cit., p. 200.

ciación se concede tanto al legislador nacional como a los órganos judiciales y ejecutivos, aunque tiene una relevancia especial para la actividad legislativa del Estado.[77]

El ámbito de margen de apreciación varía según las circunstancias, los campos y el derecho. En concreto, está determinado por dos factores. En primer lugar, depende de la naturaleza de los fines invocados. Cuanto menos uniforme sea la comprensión del fin legítimo perseguido en Europa, mayor será el poder de apreciación de las autoridades nacionales y menor el control en el nivel general europeo, pues el Tribunal Europeo no podría imponer una forma de entender el fin si previamente no existiese esta noción común. Así sucede con el fin de la protección de la moral, que varía en el tiempo y en el espacio. Respecto a este fin, los poderes nacionales se encuentran, gracias a sus contactos directos con las fuerzas vivas de su país, en mejor situación que el juez internacional para pronunciarse sobre el contenido preciso de estas exigencias.[78] Al contrario, el margen de apreciación es más reducido con respecto a medidas que aspiran a la defensa de la independencia judicial, pues sobre este punto el consenso europeo es mucho más avanzado que en el campo de la moral.[79] En segundo lugar, el margen de apreciación depende de la intensidad de la injerencia estatal en el derecho fundamental. Cuanto mayor sea la limitación que realiza la regulación en la posición jurídica del individuo, mayor gravedad deben tener las razones esgrimidas para legitimar la intervención en el derecho protegido.[80]

De estas observaciones breves resulta claramente que el margen de apreciación en el sistema de protección desempeña funciones muy similares a las asumidas en el Derecho interno por los conceptos del derecho al error de pronóstico o de error manifiesto. Además, ha permitido al Tribunal de Estrasburgo tratar problemas específicos de determinados Estados con la flexibilidad necesaria en un sistema transnacional de protección de derechos humanos.[81]

VI. Conclusión

Los resultados principales del análisis anterior se pueden resumir de manera siguiente: La confianza que tenían los autores de la Declaración francesa de 1789 en la ley como instrumento más adecuado para establecer el contenido y límite de los derechos humanos no ha sobrevivido a los cambios graves en las esferas política y

---

[77] Cf. Carlos Ruiz Miguel, *El derecho a la protección de la vida privada en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Madrid, 1994, pp. 107 y ss.

[78] Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso *Müller*, A 133, núm. 35; caso *Otto-Preminger-Institut*, A 295-A, núm. 50.

[79] Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso *Sunday Times*, A 30, núm. 59.

[80] Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso *Dudgeon*, A 45, núm. 52; caso *Informationsverein Lentia*, A 276, núm. 39.

[81] Santiago Quesada, "Los derechos humanos en Europa", en Antonio Marzal (ed.), *Los derechos humanos en el mundo*, Barcelona, 2000, p. 91.

social del siglo XX. La época de posguerra ha asistido a la revalorización del carácter normativo de la Constitución en general y de los derechos fundamentales en particular. Una consecuencia principal de esta evolución es el reconocimiento de límites para la ley en la regulación de los derechos fundamentales en los documentos constitucionales modernos y la jurisdicción constitucional. Según este modelo nuevo, la realización del contenido de los derechos fundamentales ya no es la prerrogativa exclusiva del Poder Legislativo, sino el trabajo conjunto del legislador y de los tribunales, en particular los tribunales constitucionales.

Entre los instrumentos adoptados por los constituyentes y aplicados por los tribunales a este fin destacan la prohibición de ley especial en materia de derechos humanos, el principio de proporcionalidad y la defensa del contenido esencial. En la práctica constitucional, sin embargo, sólo el principio de proporcionalidad en sus varias formas ha conseguido un ámbito de aplicación más amplio en el control de la injerencia legislativa en los derechos fundamentales. Ello se debe a su flexibilidad, que permite solucionar el conflicto entre la protección de bienes públicos o intereses constitucionales —que funda la finalidad de la autorización al Poder Legislativo para la intervención en los derechos fundamentales— y la protección de intereses individuales —que es la finalidad de los derechos fundamentales—, a través de un armónico equilibrio entre dichos intereses contradictorios por aplicación del método de la ponderación de bienes.

Sólo el principio de proporcionalidad en su aplicación diferenciada por los tribunales constitucionales tiene la complejidad necesaria para reconciliar los diferentes principios constitucionales que están en juego en estos casos: el carácter vinculante de los derechos fundamentales, que requiere que la libertad individual sea efectivamente conservada; el principio democrático, que reserva al Parlamento la determinación de las grandes orientaciones políticas, jurídicas y sociales; y finalmente la separación de poderes, que prohíbe que los tribunales ocupen el lugar que corresponde al legislador a través del control de la constitucionalidad de las leyes.

El elemento principal que facilita la flexibilidad necesaria en el manejo del principio de proporcionalidad es el concepto de margen de apreciación, tomado en cuenta, en una forma o en otra, por la gran mayoría de los ordenamientos constitucionales. Su plasmación concreta y sus efectos positivos o negativos por la defensa de los derechos fundamentales dependen de muchos factores, entre otros de la tradición constitucional y política de cada país. No hay un balance estable o inmutable entre los varios intereses públicos y privados en conflicto dentro de una sociedad democrática. Al contrario, este balance debe ser establecido de nuevo en cada caso, lo que requiere gran sensibilidad y responsabilidad de todos los actores que participan en este trabajo.

Víctor Bazán (Argentina) *

La tarea de control de constitucionalidad de los tratados y convenios internacionales por la jurisdicción constitucional. Un análisis en clave de Derecho Comparado

I. Introducción, señalamiento de los perfiles del trabajo y anticipo de la posición aquí defendida

En primer lugar, se abordará un señalamiento de las soluciones que, desde el plano de las respectivas normativas constitucionales, ofrece el Derecho Comparado de los países que adoptaron en Iberoamérica la institucionalización de Tribunales o Cortes Constitucionales[1] en relación con la problemática del control de constituciona-

---

* Profesor titular (catedrático) de las asignaturas Derecho Constitucional y Derecho Internacional Público y Comunitario de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Católica de Cuyo (San Juan, República Argentina). Miembro titular e integrante del Comité Ejecutivo de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional.

[1] Si bien en Venezuela no se ha instituido un Tribunal o Corte Constitucionales, igualmente hemos decidido incluir el análisis del ordenamiento venezolano en el presente trabajo, por cuanto allí se ha diseñado recientemente un interesante sistema en materia de control de constitucionalidad de los tratados y convenios internacionales, por el que el ejercicio de tal competencia queda monopolizado concentrada y preventivamente en la Sala Constitucional del Tribunal Supremo.

De cualquier modo, no se nos escapa la existencia en el Derecho Constitucional Comparado iberoamericano de otros antecedentes de creación de Salas Constitucionales en las respectivas Cortes Supremas, mas cuyo análisis desbordaría los propósitos específicos del presente trabajo. Baste, al efecto ilustrativo, dejar reseñados algunos ejemplos sobre el particular: a) en El Salvador, la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia (artículo 174); b) en Nicaragua, la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia (artículo 163); c) en Costa Rica, la Sala Constitucional (Sala Cuarta) de la Corte Suprema de Justicia (artículo 10); d) en Paraguay, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia (artículo 258).

lidad de los tratados y convenios internacionales,[2] intercalando, asimismo, algunas respuestas brindadas por aquellos órganos de jurisdicción constitucional. Ello en función de la innegable importancia hermenéutica que dichos pronunciamientos ostentan, pues en definitiva en tales entidades jurisdiccionales converge la competencia relativa al ejercicio del control de constitucionalidad de los instrumentos internacionales, cualesquiera sean los modelos de fiscalización constitucional imperantes en los ordenamientos correspondientes al contexto examinado, a saber: "concentrados", en los que se verifica la atribución exclusiva de la facultad examinadora a un órgano *ad hoc* y autónomo; "duales o paralelos", en los que confluyen, en el mismo sistema normativo y sin fusionarse, los modelos difuso y concentrado);[3] o "mixtos", que resultan (valga la tautología) de la mixtura de elementos constitutivos de los dos modelos clásicos que dan lugar a un *tertium* que ni es lo que son los dos anteriores ni algo enteramente autóctono y original.[4]

El recorrido proyectado, que incluirá el análisis de los casos de Bolivia, Colombia, Chile, Ecuador, Guatemala, Perú y Venezuela, y —claro está— dejando a buen resguardo las peculiaridades de los respectivos sistemas de control de constitucionalidad diseñados en cada uno de tales ordenamientos, no persigue una mera yuxtaposición de datos del Derecho Comparado, sino que intenta comprometerse en la búsqueda de los perfiles consonantes y disonantes que ellos evidencian, para pasar a proponer nuestra visión personal respecto del tema en análisis, sin eludir la formulación de una proposición de *lege ferenda* para la hipótesis de eventuales reformas constitucionales, revisiones que, por lo demás y en algunos casos, se encuentran en trance de discusión, por ejemplo, en Bolivia, Chile y Perú.

La cuestión anunciada (contralor constitucional de los instrumentos internacionales por los Tribunales Constitucionales —en los supuestos de Bolivia, Chile, Ecuador y Perú—; las Cortes Constitucional colombiana y de Constitucionalidad guatemalteca, y la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia venezolano) se

---

[2] Sin perjuicio de que la expresión *tratados internacionales* puede entenderse comprensiva del resto de las denominaciones, por ejemplo, de las de *acuerdos internacionales*, *convenios internacionales*, etc. (artículo 2.1.a de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados —de 1969—), utilizamos la de *tratados y convenios internacionales* dado que —como se apreciará en el desarrollo del trabajo— la terminología empleada por las diversas normativas constitucionales (y, en algún caso, infraconstitucional) analizadas no es unívoca al respecto, y alude a *tratados o convenios internacionales*, *tratados y convenios internacionales* o, simplemente, *tratados internacionales*. En consecuencia, y aun cuando aquella expresión pueda ser considerada impropia o redundante, igualmente nos valdremos de ella por resultar suficientemente abarcativa de las opciones léxicas volcadas en los cuerpos normativos en examen.

[3] Empleamos ilustrativamente la categorización taxonómica ofrecida por Domingo García Belaunde, *Derecho Procesal Constitucional*, Temis, Santa Fe de Bogotá, 2001, pp. 133 y ss.

[4] Cf. ibídem, p. 132.

vincula con una problemática de mayor magnitud: la presencia o la ausencia de disposiciones expresas que determinen el modo de recepción de las normas convencionales y los principios consuetudinarios internacionales en el Derecho Interno y el sitio que ellos ocupan entre las fuentes del ordenamiento jurídico doméstico.

Como factores de análisis para una visión integral del problema, no cabría soslayar —*inter alia*— la creciente interdependencia de los Estados, la imposibilidad de aislamiento frente a los fenómenos de globalización e integración económica, la necesaria imagen de seriedad y confiabilidad hacia la comunidad internacional sustentada en la garantía de la seguridad jurídica fronteras adentro y la solidificación de la política de cumplimiento de los compromisos internacionales que acometa el Estado en cuestión. En esa realidad contextual no nos parece que la temática en estudio (tipologías de examen de la constitucionalidad de los instrumentos internacionales) recepte una importancia menor o secundaria; tampoco, que sea indiferente que un determinado ordenamiento jurídico diseñe normativamente o habilite jurisprudencialmente un control de constitucionalidad represivo o posterior de los tratados y convenios internacionales en vigor.

Con lo anterior, desnudamos anticipadamente nuestra percepción sobre el particular, en el sentido de que, una vez que el instrumento internacional en cuestión se encuentre en vigor y plenamente *integrado* en el ordenamiento jurídico interno, resultaría inconveniente la posibilidad de habilitar a su respecto un control de constitucionalidad *a posteriori*, pues —hipotizando—, ¿qué sucedería si el órgano jurisdiccional pertinente concluyera que éste es total o parcialmente inconstitucional? Percibimos que tal alternativa podría coadyuvar al vaciamiento del contenido axiológico y jurídico de la exigencia que se impone a todo Estado en punto a honrar sus compromisos internacionales, no supondría —precisamente— respetar los principios generales del derecho[5] de las naciones civilizadas y, ya en particular, las pautas *pacta sunt servanda* (norma fundamental de todo el Derecho de los Tratados), buena fe e improcedencia de alegar disposiciones de Derecho Interno para justificar el incumplimiento de los acuerdos internacionales,[6] y, por el contrario, propiciaría el

---

[5] Se ha advertido que los *principios generales del Derecho* no deben ser confundidos con los *principios generales del Derecho Internacional*, ya que éstos están recogidos por el Derecho Internacional convencional o consuetudinario, mientras que aquéllos no siempre lo han sido; se afirma también que los *principios del Derecho Internacional* no son fuente por sí mismos del Derecho Internacional, sino sólo manifestaciones de éste, corporizadas a través de costumbres o convenciones (Ernesto de la Guardia, *Derecho de los tratados internacionales*, Ábaco, Buenos Aires, 1997, p. 41).

[6] Paralelamente a tal obligación de carácter negativo en cabeza del Estado que ha ratificado o aprobado un tratado internacional, coexiste un deber positivo trasuntado en la carga de "introducir en su legislación las modificaciones que sean necesarias para asegurar la ejecución de los compromisos adquiridos" (CPJI, Serie B, O.C. de 21 de febrero de 1925, "Intercambio de poblaciones griegas y turcas", n° 10, p. 20; cf. Emmanuel Roa Ortiz, "Tratados internacionales y control previo de constitucionalidad:

demérito de la seguridad jurídica y la potencial responsabilidad internacional[7] del país en cuestión.

Colateralmente, afirmamos que en orden a superar y justificar las precedentemente enunciadas violaciones y consecuencias negativas no nos parece convincente ni suficientemente sólido uno de los argumentos con que se pretende legitimar el control represivo de los instrumentos internacionales, sustentándolo en que, para poder dar origen en sede interna al proceso que conduzca, verbigracia, a la denuncia del tratado, es menester que exista un pronunciamiento *desencadenante* en tal sentido por parte del respectivo órgano de jurisdicción constitucional. Es que las eventuales *inconveniencias* o *dificultades* políticas, estratégicas, jurídicas o de cualquier otra índole sobrevinientes que genere un instrumento internacional pueden ser verificadas por los órganos constitucionales competentes en los respectivos ordenamientos (Poder Ejecutivo, con el complemento participativo —si fuere del caso— del Poder Legislativo) para movilizar el proceso de rigor que transporte a la decisión política de denunciarlo, lo que, por su parte, guardaría armonía con el principio de paralelismo de las competencias debido a que quien ostenta constitucionalmente la atribución de obligar internacionalmente al Estado y manifestar exógenamente esa voluntad estatal, también la recepta para expresarla en aras de concluir o terminar el mencionado vínculo convencional internacional, con las limitaciones y los efectos determinados por la Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados.

Pensando —hipotéticamente— en un supuesto de descalificación *a posteriori* del tratado por inconstitucional, el órgano jurisdiccional sólo podría —eventualmente— declarar la *inaplicabilidad* del tratado, mas no su nulidad (como supondría la decisión de inconstitucionalidad de la ley en los sistemas de control concentrado de constitucionalidad), puesto que aquella sanción nulificante puede fundarse exclusivamente en las causas establecidas en el derecho internacional (cf. artículo 42.1 de la Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados), no pudiendo ser determinada unilateralmente por una de las partes, aunque —como enseña Diez de Velasco respecto del derecho español— también la inaplicación significaría incurrir en *responsabilidad internacional*.[8]

Una propuesta para evitar que la impartición de justicia sea motivo de responsabilidad internacional para el Estado mexicano", en Diego Valadés y Rodrigo Gutiérrez Rivas [coords.], *Memoria del IV Congreso Nacional de Derecho Constitucional* ["Justicia"], t. I, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2001, p. 188 y nota 46).

[7] Ya en el caso de la Fábrica de Chorzow, el Tribunal (Corte) Permanente de Justicia Internacional (luego reemplazado por la Corte Internacional de Justicia) dijo: "*es un principio de Derecho Internacional, e incluso una concepción general del Derecho, que toda violación de un compromiso implica obligación de reparar*" —énfasis añadido— (CPJI, Serie A, n° 17, p. 24).

[8] Manuel Diez de Velasco, *Instituciones de Derecho Internacional Público*, t. I, 8ª ed., Tecnos, Madrid, 1988, pp. 177-178.

Luego de sostener que España incurriría en responsabilidad internacional, matiza tal afirmación sosteniendo que el Estado tendría varias opciones, aunque reconoce que ellas no serían "nada fáciles".

Corresponde, claro está, no perder de vista la necesidad de actuar con mesura y prudencia al momento de negociar, concluir, firmar, aprobar y ratificar los tratados y convenios internacionales, cuidando que las cláusulas de éstos no violen precepto constitucional alguno, en aras de preservar la *supremacía constitucional*. De cualquier modo, en un sistema de control *preventivo* y *potestativo*, si existiera "duda fundada" acerca de la posibilidad de lesión constitucional, quedaría habilitada la competencia del tribunal competente para verificar la verosimilitud de aquel estado de duda y, en su caso, descalificar el instrumento internacional si, como resultado de ese examen previo de constitucionalidad a cargo de tal órgano, se constatara una efectiva colisión de su preceptiva con la Constitución Política.

De ello se infiere que adscribimos al modelo de contralor *previo* de constitucionalidad, mas añadiéndole la modalidad *obligatoria* de ejercicio de dicha actividad fiscalizadora, que —pensamos— prefigura una mayor dosis de seguridad en beneficio del despliegue vivencial de los instrumentos internacionales una vez incorporados al ordenamiento jurídico interno correspondiente y luego de haber superado sin sobresaltos el forzoso tamiz preventivo al que fuera sometido para alejar el peligro de una contradicción con el texto de la Ley Fundamental.

Sin embargo, cuando el tratado o el convenio hayan sido suscritos, aprobados, ratificados y con comunicaciones de ratificación canjeadas (o cumplimentado el mecanismo estipulado por el instrumento en cuestión) y tales actividades hayan sido ejecutadas por las respectivas autoridades nacionales con competencia para dichos menesteres, sin que mediara cuestionamiento constitucional (en la hipótesis del control previo facultativo) o con la declaración de constitucionalidad por el Tribunal pertinente (en el caso del contralor previo obligatorio), habiéndose integrado los instrumentos internacionales al plexo normativo respectivo, es razonable entender extinguida la competencia del tribunal para efectivizar el control de constitucionalidad respecto de aquéllos, quedando potencialmente subsistente, verbigracia, la vía de la denuncia[9] como salida alternativa.

Al respecto, y si la sentencia fuese de *inconstitucionalidad externa*, permitiría a España alegar internacionalmente la nulidad del tratado siguiendo el procedimiento previsto en los artículos 65 a 68 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, aunque también —dice— podría subsanarse el vicio del consentimiento iniciándose nuevamente, de forma correcta, el procedimiento previsto constitucionalmente para la prestación del consentimiento. Por su parte, y si la sentencia declarara la *inconstitucionalidad interna* del tratado, puntualiza que, entre varias opciones, podría concertarse con la otra parte para dar por terminado o suspendido (total o parcialmente) el tratado, o modificarlo en el punto en cuestión; asimismo, y si el tratado lo permite, éste podría ser denunciado, aunque la denuncia no surtiría efectos hasta agotado el plazo del preaviso, enfrentando —en todo caso— la responsabilidad internacional a que hubiese lugar por el período de inaplicación; y, por último, estima que podría iniciarse el procedimiento de reforma de la Constitución con el objeto de compatibilizarla con el tratado y, al eliminarse el conflicto con aquélla, éste podría aplicarse plenamente (op. cit., p. 178).

[9] Según la óptica de Barboza, al respecto no existirían mayores inconvenientes si el tratado en cuestión contuviera expresamente la posibilidad de denuncia. Si nada dijera, cabría siempre la posibilidad de encontrar que ha habido una cláusula tácita en tal sentido (artículo 56 de la Convención de Viena

II. Recorrido por la normativa constitucional comparada y referencia a ciertos casos jurisprudenciales relevantes

De acuerdo con lo anticipado, valorando —*mutatis mutandi*— la afirmación que da cuenta que *el derecho propio no es el único posible*[10] y dado que siempre resulta enriquecedor recurrir a la metodología comparatista, acometeremos un recorrido por el Derecho Constitucional de los Estados de la región andina, para visualizar qué tratamiento normativo dispensan, desde las correspondientes Cartas Fundamentales a la ardua problemática del control constitucional de los tratados internacionales, intercalando —además y en ciertos casos— algunos precedentes verificables en las respectivas praxis jurisdiccionales.

A continuación, recorreremos sucesivamente los casos de Bolivia, Colombia, Chile, Ecuador, Guatemala, Venezuela y Perú. Veamos:

1. Bolivia

A. Una alusión al modelo de control de constitucionalidad vigente. Presentación del elenco normativo relacionado con la problemática en análisis

Por conducto de la reforma constitucional de 1994 se creó normativamente y se dio albergue en la Ley Fundamental al Tribunal Constitucional (en adelante: TC), plasmándose una importante modificación al sistema de control de constitucionalidad hasta entonces vigente en Bolivia; tanto es así que el artículo constitucional 116.IV declara que "el control de constitucionalidad se ejerce por el Tribunal Constitucional", en torno de lo cual se ha afirmado que en Bolivia, reforma constitucional de 1994 mediante, se produjo la incorporación a la Constitución del modelo de control concentrado de constitucionalidad.[11] Por su parte, y en función de la previsión del artículo 228 ibídem, que establece que la Constitución Política es la ley suprema del ordenamiento jurídico nacional y que los tribunales, jueces y autoridades la aplicarán con preferencia a las leyes, Eguiguren Praeli indica que, en realidad, se trata de un sistema formalmente mixto con indudable tendencia hacia un modelo concentrado;[12]

---

de 1969 sobre el Derecho de los Tratados), para lo que debería demostrarse "que fue intención de las partes admitir la posibilidad de denuncia o retiro" —artículo 56.1.a— o que ello "pueda inferirse de la naturaleza del tratado" —artículo 56.1.b— (cf. Julio Barboza, *Derecho Internacional Público*, Zavalía, Buenos Aires, 2001, p. 136).

[10] Paráfrasis de la afirmación de G. Gorla en el libro colectivo dirigido por S. Cassese, *Guida alla Facoltà di Giurisprudenza*, 3ª ed., Bolonia, 1984, pp. 91-92; citado por José L. Cascajo Castro y Manuel B., García Álvarez, en el "Estudio introductorio" a la obra: *Constituciones extranjeras contemporáneas*, 3ª ed., Tecnos, Madrid, 1994, p. 12.

[11] Jorge Asbun, *Derecho Constitucional General*, Universidad Privada de Santa Cruz de la Sierra y Academia Boliviana de Derecho Constitucional, Santa Cruz de la Sierra, 2001, p. 257.

[12] Francisco Eguiguren Praeli, *Estudios constitucionales*, ARA, Lima, 2002, p. 266.

añade García Belaunde que aquel Tribunal es parte integrante del Poder Judicial, el que puede ejercer el control difuso.[13]

Específicamente en el artículo 120, atribución 9ª, viene fijada la competencia del TC para conocer y resolver "la constitucionalidad de tratados o convenios con gobiernos extranjeros u organismos internacionales".

Colateralmente, permítasenos indicar que la Constitución confiere al Presidente de la República la potestad de "negociar y concluir tratados con naciones extranjeras; canjearlos, previa *ratificación* [*sic*] del Congreso" —sobremarcado agregado— (artículo 96, atribución 2ª); además, acuerda al Poder Legislativo la de "aprobar los tratados, concordatos y convenios internacionales" (artículo 59, atribución 12ª).

En cumplimiento del mandato constitucional contenido en el artículo 121.IV, se dictó la ley n° 1.836 del TC —de 1 de abril de 1998—, la que fue reformada el 24 de mayo de 1999, por virtud de la ley nº 1.979.

La competencia discernida al Tribunal en el citado artículo 120, 9ª, de la Constitución Política ha sido desarrollada por medio de los artículos 113 a 115 de la ley nº 1.836 del TC, regulatoria del procedimiento de consulta a este órgano cuando emerja "duda fundada" acerca de la constitucionalidad de los tratados o convenios internacionales, trámite que deberá observarse con carácter previo a la "ratificación" de éstos.

Por último, es posible verificar que el texto constitucional no contiene previsiones expresas referentes a la recepción de la norma internacional en el sistema del Derecho interno del Estado boliviano; ni a la determinación del lugar jerárquico que en dicho sistema ocupa la norma internacional.

Tal carencia normológica provoca que la labor jurisprudencial del TC recepte, en el particular, una innegable plusvalía como instrumento hermenéutico idóneo para desentrañar la posición que los señalados instrumentos internacionales adquieren de cara a la legislación interna.

B. El TC y la consulta acerca de la constitucionalidad de tratados y convenios internacionales. La regulación legal

El procedimiento de la consulta, su trámite, la declaración que expida el TC y los efectos de ésta han sido detallados en el capítulo XIII ("De la constitucionalidad de tratados o convenios internacionales") del título cuarto ("De los procedimientos constitucionales") de la ley nº 1.836, modificada por la ley nº 1.979.

De un análisis de la regulación legal de la cuestión, surge que se está ante la presencia de una hipótesis de control *previo* de constitucionalidad de los tratados o convenios internacionales, ejercitable por el TC antes de la sanción de la ley de aprobación de aquéllos. Como tendremos oportunidad de verificar *infra*, dicho control *no tiene carácter obligatorio ni automático*.

---

[13] García Belaunde, op. cit., p. 139.

El procedimiento puede ser iniciado por el Presidente del Congreso Nacional cuando en dichos instrumentos internacionales exista "duda fundada" acerca de su constitucionalidad. En tal caso, y con resolución camaral expresa, deberá enviarlos en consulta al TC *antes de su ratificación*. Se nos ocurre que el momento legal oportuno para formular el requerimiento de consulta es aquel en el que el texto esté definitivamente fijado, sin que puedan someterse al TC borradores, anteproyectos o propuestas previas.

En torno a la legitimación activa para formalizar la consulta, se ha sostenido que la previsión establecida por la ley nº 1.836 constituye una restricción ilegítima, dado que, al acordarla sólo al Presidente del Congreso Nacional y sujetarla a una decisión camaral aprobada por mayoría, "deja a la voluntad del o los partidos gobernantes la toma de decisión y, por ende, el planteamiento de la consulta, lo que disminuye las posibilidades de que pueda ejercitarse el control previo", con lo que se restringe —según esta óptica— el derecho de las minorías parlamentarias, por cuanto en muchos casos en que éstas propongan la realización de la consulta, salvo que se obtengan acuerdos previos, "en la votación la mayoría oficialista impedirá la aprobación de la resolución camaral, ya que en el fondo se trata de someter al control de la jurisdicción constitucional un tratado o convenio suscrito por el gobierno".[14]

El reduccionismo plasmado en la ley, con relación a la legitimación, ha sido criticado por Fernández Segado, quien acota que en este punto concreto el legislador se ha separado, tanto del texto del anteproyecto redactado por la Comisión (que legitimaba al Presidente de la República, al Presidente del Congreso Nacional o a un tercio de los miembros de ambas Cámaras), como del anteproyecto finalmente remitido al Congreso (que lo hacía respecto del Presidente del Congreso Nacional, a petición de un representante nacional apoyado por la mayoría absoluta de votos).[15] El catedrático español juzga que no es razonable que el Presidente de la República haya quedado privado de legitimación, sobre todo si se toma en consideración que la negociación y la conclusión de tratados internacionales —previa ratificación del Congreso— es una de sus atribuciones constitucionales —artículo 96, 2ª, de la Ley Fundamental.[16]

También se ha precisado que, una vez sancionada la ley de aprobación del tratado o convenio internacionales, no puede plantearse la consulta respectiva, es decir que el órgano ejecutivo no está facultado a someter aquellos instrumentos al control

---

[14] José A. Rivera Santivañez, *Jurisdicción constitucional*, Academia Boliviana de Estudios Constitucionales, Cochabamba, 2001, pp. 212-213.

[15] Francisco Fernández Segado, "La jurisdicción constitucional en Bolivia: La Ley Núm. 1.836, de 1 de abril de 1998, del Tribunal Constitucional", *Cuadernos Constitucionales México-Centroamérica*, n° 40, Centro de Estudios Constitucionales México-Centroamérica, Universidad Nacional Autónoma de México-Corte de Constitucionalidad de Guatemala, México, 2002, p. 84.

[16] Ibídem, pp. 84-85.

previo antes de promulgar la ley de su aprobación ni de proceder a la correspondiente ratificación, pues ello implicaría un desplazamiento de la legitimación activa que, por ley, viene deferida al Poder Legislativo y no al Ejecutivo.[17]

En cuanto a los requisitos de la presentación,[18] y más allá de la exigencia de formulación por escrito de la petición, la adjunción de los instrumentos pertinentes para acreditar la personalidad jurídica y la existencia de la resolución camaral expresa y demás documentos de rigor (v. g., texto del tratado o convenio internacionales), etc., deberá precisarse en términos claros y concretos en qué consiste la duda de constitucionalidad de dichos instrumentos internacionales, individualizarse la/s norma/s de la Ley Fundamental potencialmente violada/s por ellos y fundamentarse acabada y suficientemente las razones que originan el estado de duda que motoriza la consulta.

Una vez recibida la consulta por el TC, éste dispondrá la citación del Ministro de Relaciones Exteriores, en representación del Poder Ejecutivo y con noticia del Presidente del Congreso Nacional, a fin de que el aludido Ministro exprese, en el plazo de quince (15) días, su opinión fundada acerca de la consulta; luego de lo cual, el TC emitirá "declaración constitucional", en el término de treinta (30) días.

Dicha "declaración" tendrá efecto vinculante.

La ley describe dos hipótesis relativas a los efectos de la "declaración constitucional" a efectuar por el TC. Veamos:

- En el supuesto de que el TC declarara que el tratado o convenio es contrario a la Constitución, el instrumento *no podrá ser aprobado*;
- por su parte, si el objeto de la consulta y posterior declaración del TC giraran en torno de tratados o convenios multilaterales, la calificación de inconstitucionalidad de alguna de sus cláusulas no impedirá la aprobación de aquéllos, siempre que se formule reserva[19] que refleje la decisión del TC.

---

[17] Rivera Santivañez, op. cit., p. 215.

[18] Cuyos lineamientos vienen determinados, paralelamente a la ley nº 1.836, por el Reglamento de Procedimientos Constitucionales.

[19] Cabe aclarar que, en los términos del artículo 2.1.d de la Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados, se entiende por *reserva* una declaración unilateral, cualquiera sea su enunciado o denominación, hecha por un Estado al firmar, ratificar, aceptar o aprobar un tratado o al adherirse a él, con el objeto de excluir o modificar los efectos jurídicos de ciertas disposiciones del tratado en su aplicación a ese Estado.

Acerca de la pretendida "unilateralidad" de la reserva, no deja de ser interesante traer a colación la reflexión de De la Guardia, quien sostiene que aquélla es un *acto unilateral aparente*, pues si bien es *unilateral* en su formulación, sólo produce efectos jurídicos *una vez aceptada* (artículo 20.4.c de la Convención de Viena), por lo que la voluntad de la otra parte la convierte en *un acto jurídico bilateral* (De la Guardia, op. cit., pp. 169-170). Coincidente con tal visión, Rey Caro proyecta su duda —en torno de la unilateralidad o bilateralidad— hacia la solución plasmada por la Convención en materia de retiro de las reservas (Ernesto Rey Caro, "Las reservas en la Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados", *Boletín de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, año XXXIX, nos 4-5, Córdoba (Argentina), agosto-diciembre de 1975, pp. 60-61 y 107-113).

C. El criterio sentado por el TC en la sentencia constitucional n° 036/01

a. En el caso identificado como expediente 2001-02180-05-RII, registro del TC, éste expidió la sentencia constitucional n° 036/01, en fecha 30 de mayo de 2001.[20] El magistrado relator fue el Dr. René Baldivieso Guzmán y el correlator el Dr. Willman Ruperto Durán Ribera.
b. Por medio del recurso indirecto o incidental de inconstitucionalidad, los apoderados del Sr. E. G. P. cuestionaban la constitucionalidad del inciso *b* del artículo XVII del Tratado de Extradición firmado entre los Gobiernos de Bolivia y los Estados Unidos el 27 de junio de 1995, aprobado por ley nº 1.721 de 6 de diciembre de 1996.

Sustentaban la solicitud en la presunta violación del principio constitucional de irretroactividad de la ley establecido en los artículos 33 y 81 de la Constitución Política, sosteniendo que la ley promulgatoria del tratado recién fue publicada y puesta en vigencia el 6 de noviembre de 1996.

Añaden que aquella norma (artículo XVII, inciso *b*) del tratado en cuestión también viola el principio de la territorialidad de la ley y la prevalencia de la soberanía del Estado nacional.

La correspondiente provisión citatoria emitida por la Corte Suprema de Justicia para la notificación, con la demanda, a la Embajada de los Estados Unidos fue oportunamente diligenciada, cumpliéndose los requisitos respectivos.

c. La Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, mediante auto supremo de 19 de febrero de 2001, rechazó (por mayoría[21]) la petición por considerarla manifiestamente infundada, en virtud de que:

Para ampliar sobre el particular, véase Víctor Bazán, "Las reservas a los tratados internacionales sobre derechos humanos, con particular énfasis en el efecto de aquéllas respecto de la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos", *Ius et Praxis*, año 6, nº 2, Universidad de Talca, Chile, 2000, pp. 171-225, en esp. pp. 186-197.

[20] Una síntesis referencial de tal pronunciamiento puede consultarse en Víctor Bazán, "El control de constitucionalidad de los tratados y convenios internacionales en la reciente percepción jurisprudencial del Tribunal Constitucional de Bolivia", en *La Ley (Suplemento de Derecho Constitucional)*, Buenos Aires, 15-07-2002, pp. 62-74. Para un análisis más detallado, véase del mismo autor: "Jurisdicción constitucional y control de constitucionalidad de los tratados y convenios internacionales", en VV.AA., *Derecho Procesal Constitucional boliviano*, Academia Boliviana de Estudios Constitucionales, Santa Cruz de la Sierra, 2002, pp. 187-236.

[21] En disidencia votaron los ministros Dres. Kenny Prieto Melgarejo y Jaime Ampuero García, quienes entendieron que el recurrente había observado los requisitos señalados en los numerales 1 a 3 del artículo 60 de la ley nº 1.836 y que es atribución privativa del TC declarar la constitucionalidad de tratados o convenios con gobiernos extranjeros u organismos internacionales, de acuerdo con lo establecido por el artículo 120, letra *i* de la Constitución Política, competencia recogida por el artículo 7, numeral 10, de la ley nº 1.836. Por ello, juzgaban atendible el recurso incidental dentro de la disposición del ordinal 2 del artículo 62 del cuerpo legal citado en último término.

– el tratado en cuestión surge de la atribución constitucional prevista para el Presidente de la República en el sentido de "negociar y concluir tratados con naciones extranjeras; canjearlos, previa ratificación del Congreso" (artículo 96, 2ª) y la del Poder Legislativo, para "aprobar los tratados, concordatos y convenios internacionales" (artículo 59, 12ª);
– la aprobación del tratado a través del mencionado procedimiento constitucional incorporó a aquél al ordenamiento jurídico nacional y rige desde entonces las relaciones en materia de extradición con los Estados Unidos;
– la vigencia y la aplicación del tratado, por su naturaleza bilateral, sólo pueden alterarse mediante los procedimientos señalados expresamente en él, es decir, a través de la denuncia que cualquiera de las partes puede realizar de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 18, numeral 3, de dicho instrumento;
– si bien la Constitución reconoce al TC la atribución de conocer y resolver "la constitucionalidad de tratados y convenios con gobiernos extranjeros u organismos internacionales" (*sic*), esta capacidad sólo puede ser efectiva antes de efectuarse el canje de las comunicaciones de ratificación, pues una decisión posterior que afecte su vigencia, sin observar los procedimientos del derecho internacional y aquellos dispuestos en los tratados, alteraría las facultades constitucionales del Presidente de la República y el Poder Legislativo y afectaría los compromisos adoptados entre los Estados, que deben ser cumplidos de buena fe (*pacta sunt servanda*); y
– siendo la solicitud de extradición posterior al tratado impugnado no es atendible el argumento relativo a la vulneración del principio de irretroactividad; ni lo es con referencia a la data de los delitos por los que se solicita la entrega, ya que el tratado mantiene el compromiso de cooperación entre los Estados en materia de extradición adoptado desde el convenio suscrito en abril de 1900 (dejado sin efecto por el de 1996) y preserva la garantía relativa a que los delitos por los cuales se solicita a una persona tengan tal carácter en la legislación de ambos países en la fecha de su comisión.

d. El auto supremo de rechazo fue elevado en consulta al TC, de conformidad con lo determinado en el artículo 62, inciso 1°, de la ley nº 1.836.

En cuanto a su competencia para pronunciarse, el TC sostuvo que las atribuciones fijadas en el artículo 120, 9ª, de la Constitución Política le acuerdan dicha facultad, del modo como lo estableció la Comisión de Admisión a través del auto constitucional n° 059/2001-CA.

En tal sentido, entendió que el artículo 7, inciso 2°, de la ley nº 1.836 le otorga la atribución de conocer y resolver los recursos indirectos o incidentales de inconstitucionalidad de leyes, decretos y cualquier género de resoluciones no judiciales; es decir, que se trata del control concreto de constitucionalidad por vía incidental, vale decir, dentro de un proceso judicial o administrativo, que debe ser ejercido de acuerdo con los artículos 59 a 67 de la señalada ley. Indica a continuación que es dentro de esta

acción incidental que se ha planteado el recurso en examen, con efecto al caso concreto, por cuanto se demanda la inconstitucionalidad del artículo XVII, inciso *b*, de la ley nº 1.721 en el proceso de extradición de E. G. P.[22] promovido por la Embajada de los Estados Unidos.

e. Ya en lo tocante al *thema decidendum* (consistente en dilucidar si el texto de la norma impugnada implica, en cuanto al orden constitucional boliviano, una aplicación retroactiva de la ley —prohibida por el artículo 33 de la Ley Suprema—), el TC determinó que la extradición es un instituto jurídico de naturaleza procesal y que, en materia procesal, la ley que rige es la que se encuentra vigente en el momento de sustanciar la causa en cuestión, sin que ello importe aplicación retroactiva de la ley, ya que "la Ley procesal rige el proceso y no la conducta o comportamiento que se juzgan a su través".[23]

Luego de remitirse a ciertos instrumentos internacionales (la Declaración Universal de los Derechos Humanos y el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos) y algunas normas de Derecho Comparado (el Código Federal de Procedimientos Penales de México —de 1934— y el Código del Proceso Penal del Uruguay —de 1980—) y señalar que la legislación procesal boliviana sigue la misma línea de estos últimos y que se asemeja aún más a la fórmula adoptada por el Tratado de Extradición objeto de impugnación, concluyó el TC puntualizando: "La ley procesal aplicable es siempre la vigente, y se aplica en algunos casos tanto a las causas en trámite como a las que se inicien con posterioridad a su vigencia, aunque los hechos se hubieran cometido con anterioridad a su entrada en vigor; sin que por ello se esté frente a una aplicación retroactiva de la Ley en el sentido del artículo 33 de la Constitución Política del Estado, dado que —como quedó precisado— el objeto de las leyes procesales son los actos del proceso y no los hechos delictivos que se juzgan; consiguientemente, la aplicación de un precepto procesal nuevo a una conducta delictiva realizada con anterioridad a su entrada en vigor no implica, de manera alguna, infracción al principio de irretroactividad proclamado por el citado artículo 33 constitucional, mucho menos aun al artículo 81 de la misma norma constitucional".[24]

Finalizó el TC afirmando que, en virtud de la jurisdicción que ejerce por mandato de los artículos 120, 1ª, de la Constitución Política y 62, inciso 2°, de la ley nº 1.836,

---

[22] Del auto supremo de rechazo expedido por la Corte Suprema surge que el Sr. E. G. P., ciudadano de nacionalidad colombiana, estaba sujeto —según afirmaron sus representantes— a un proceso ante la Corte de Distrito de Florida, bajo el cargo de conspiración de posesión de cocaína, con el intento de distribución, cargos de los que fue declarado culpable el 1 de noviembre de 1995 (cf. Vistos y primer considerando del señalado auto supremo).

[23] El entrecomillado pertenece al considerando IV.4.

[24] La parte transcrita y entrecomillada corresponde al considerando V.1.

declaraba constitucional el inciso *b* del artículo XVII del Tratado Bilateral de Extradición suscrito entre los Gobiernos de Bolivia y los Estados Unidos.

f. Como corolario de lo expuesto, consideramos que el TC ha abierto una brecha hermenéutica con base en una autodisposición de acrecimiento de su plexo de atribuciones (*vis-à-vis* el modelo prefigurado por la ley nº 1.836), al viabilizar que, por la senda del recurso indirecto o incidental de inconstitucionalidad, se permita la revisión constitucional de un *tratado o convenio internacionales en vigor*, lo que sienta un precedente discutible y genera el riesgo de situar a dichos instrumentos internacionales en una situación jurídica inestable, pues aun cuando vigentes, podrían igualmente ser objeto de declaración de inconstitucionalidad, lo que supondría —conjeturamos— la unilateral decisión de "desaplicarlos" o de "suspender" la vigencia de las cláusulas reputadas incompatibles con la Carta Magna.

D. Rápido señalamiento de algunas cuestiones vinculadas al actual proyecto de reforma constitucional

Creemos útil efectuar una breve referencia al proyecto de reforma constitucional en Bolivia, que en el corriente año (2002) se encuentra en curso de plasmación definitiva.

En torno del tema, es importante resaltar que —según la información a nuestro alcance— se proyecta introducir un apartado, el tercero, al artículo 6, en el que se reconozca: "Los preceptos de esta Constitución que enuncian los derechos y garantías de la persona, se interpretarán y aplicarán conforme con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados, convenciones y convenios internacionales en esta materia ratificados por Bolivia, que se aplican con preferencia a las leyes, cuando sean más favorables a las personas".

Tangencialmente, diremos que esa cláusula ofrece alguna semejanza con las contenidas, verbigracia, en los artículos 16.2 de la Constitución portuguesa, 10.2 de la española, 20 de la rumana, 93 de la colombiana y en la disposición final y transitoria cuarta de la Constitución peruana vigente.

Volviendo a la cláusula boliviana en proyecto, es claro que ella aloja una directriz que implica un avance axiológico, al menos desde el plano normológico. Descomponiendo su texto, y en síntesis, éste postula que:

– la interpretación y la aplicación de los preceptos constitucionales que enuncian los derechos y garantías de la persona deben hacerse de acuerdo con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los tratados, convenciones y convenios internacionales que, en esta materia, hayan sido ratificados por Bolivia;
– la aplicación de tales instrumentos internacionales con preferencia a las leyes cuando aquéllos sean más favorables a las personas; y
– la adopción del principio *pro homine* o *favor libertatis*, es decir, la operativi-

zación hermenéutica y aplicativa de la fuente, ya de derecho interno, ya de derecho internacional, que exhale una dosis tuitiva más favorable al ser humano.

El texto proyectado importa una evolución en punto al marco protectivo de los derechos humanos y supone una cierta superación de la estrechez normativa actual de la Constitución sobre el particular, al elaborar criterios hermenéuticos más favorables para la persona humana.

Por lo demás, y entre otras cuestiones, se prevén las siguientes modificaciones:

– En el artículo 1, se agrega que Bolivia es un Estado social y democrático de Derecho, literalizando como *valores superiores*[25] de su ordenamiento jurídico a la libertad, la igualdad y la justicia.
– Se propicia una mayor participación popular en la toma de decisiones públicas, lo que se corporiza, por ejemplo, en el artículo 4, que dispone que el pueblo delibera y gobierna por medio de sus representantes y *mediante la iniciativa legislativa ciudadana*; también, en el artículo 71, en el que avanza en el sentido apuntado, al institucionalizar la *iniciativa legislativa vía presentación directa por los ciudadanos*, respecto de cualquier materia, ante el Poder Legislativo; asimismo, aquella idea-fuerza se patentiza en los artículos 222 y 224, al establecer —en la primera de dichas normas— que la representación popular se ejerce a través de los partidos políticos y *agrupaciones ciudadanas* con arreglo a la Constitución y las leyes, y disponer —ya en la segunda de ellas— que tales *agrupaciones ciudadanas podrán postular directamente candidatos* a presidente, vicepresidente, senadores, diputados, concejales, alcaldes y agentes; por último, en los artículos 231 y 232, se incluye al *referéndum* dentro del proceso de reforma de la Constitución.
– En el artículo 6 se incluye expresamente la *igualdad de hombres y mujeres* y la circunstancia de que el Estado sancionará la discriminación; en el artículo 7 se agregan algunos derechos a la nómina explícita contenida en el texto vigente (libertad de pensamiento y religión, a la información pública, al nombre, a la intimidad, a un medio ambiente sano); en los artículos 9 y 12 se

[25] Parafraseando a Díaz Revorio, y siguiendo su elaboración, podría afirmarse que los valores superiores actúan como elementos de legitimidad del sistema; poseen carácter jurídico, en tanto son Derecho, desplegando la eficacia propia de las normas constitucionales; producen una apreciable influencia en el proceso interpretativo; provocan como concreta consecuencia (manifestable tanto en relación con el proceso interpretativo como con su resultado) la "creación" de nuevos derechos fundamentales con base constitucional (en el caso boliviano) en la libertad, la igualdad y la justicia; no son conceptos vacíos, sino que tienen contenido; e —*inter alia*— afectan la posición constitucional del legislador y del Tribunal Constitucional, entre otras razones porque asumir la eficacia de los valores en la aplicación del derecho supone defender un rol preponderante del Tribunal Constitucional (ver Francisco Javier Díaz Revorio, *Valores superiores e interpretación constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997, pp. 551 y ss.).

proyectan ciertas modificaciones —*inter alia*— a las garantías procesales; en el artículo 23, se introduce expresamente el *hábeas data*, lo que guarda correlación con la previsión del artículo 120, atribución 7ª, que discierne en el TC competencia para la revisión de los recursos de hábeas data.

– Por último, y —suponemos— como modo de reflejar una nueva percepción ideológica en relación con el tenor deontológico del vínculo entre los sujetos que desempeñan una función pública y ésta, se reemplaza la expresión "funcionarios públicos" por la de "servidores públicos" (artículos 43, 44 y 45).

Ya a manera de modesta propuesta de *lege ferenda*, estimamos que debería, asimismo, diseñarse una solución para superar definitivamente las carencias normativo-constitucionales actuales en cuanto al rango o la alcurnia de los tratados y convenios internacionales frente al Derecho Interno.

Sería deseable configurar reglas claras que zanjen la cuestión y que, en forma inequívoca, acuerden prioridad a los tratados y convenios internacionales (no sólo sobre derechos humanos) respecto de, al menos, la legislación interna aun posterior. Por lo demás, aparece igualmente conveniente que se establezca que el control de constitucionalidad de los tratados y convenios internacionales por parte del TC sólo sería operable preventivamente (añadiéndose su carácter obligatorio), es decir, antes de su ratificación por el Congreso Nacional, obturando la posibilidad de ejercitar una fiscalización represiva o posterior de dichos instrumentos internacionales que se encuentren en vigor.

Al mismo tiempo, sería útil adoptar consensualmente una determinada categorización lingüística, por ejemplo, la genérica de "tratado internacional" (paralelamente a la de "concordatos" que emplean los artículos constitucionales 3 y 59, atribución 12ª) y procurar mantenerla en el texto constitucional implementando una línea homogénea y coherente de redacción de éste, buscando precisión conceptual, coherencia sintáctica y univocidad de semántica jurídica, en orden a evitar confusiones, facilitar la tarea de quienes deben interpretar y aplicar la Constitución y aportar en pro de que el texto constitucional resulte más sencillo y comprensible para el pueblo, principal consumidor jurídico.

Por último, y particularmente con relación al ámbito de los derechos humanos, por qué no debatir acerca de la posibilidad de adjudicar a ciertas declaraciones, convenciones y pactos internacionales en la materia la valencia constitucional, esto es que, sin quedar incorporados al texto de la Constitución formal, *valgan* tanto como ésta e integren el bloque de constitucionalidad.

2. Colombia

A. Elenco normativo y sistema de control de constitucionalidad imperante

La Constitución colombiana confía a la Corte Constitucional (creada, precisamente, por la vigente Carta Fundamental de 1991) la guarda de la integridad y supre-

macía de la Constitución, "en los estrictos y precisos términos" del artículo 241, fin para el que cumplirá —entre otras— la función de decidir definitivamente sobre la exequibilidad de los tratados internacionales y de las leyes que los aprueben, para cuyo fin el Gobierno los remitirá a la Corte, dentro de los seis (6) días siguientes a la sanción de la ley (inciso 10).[26]

Añade dicho inciso del artículo 241 que cualquier ciudadano podrá intervenir para defender o impugnar la constitucionalidad de aquéllos. Si la Corte los declara constitucionales, el Gobierno podrá efectuar el canje de notas; en caso contrario, no serán ratificados.

El mencionado tramo del artículo 241 se clausura preceptuando que, cuando una o varias normas de un tratado multilateral sean declaradas inexequibles por la Corte Constitucional, el Presidente de la República sólo podrá manifestar el consentimiento formulando la correspondiente reserva.

El artículo constitucional 189 atribuye al Presidente de la República —como Jefe de Estado, Jefe de Gobierno y Suprema Autoridad Administrativa— competencia para dirigir las relaciones internacionales y celebrar con otros Estados y entidades de Derecho Internacional tratados o convenios que se someterán a la aprobación del Congreso (inciso 2°).

A su tiempo, el artículo 150, ibídem, dispone que corresponde al Congreso hacer las leyes, por medio de las cuales ejercerá las funciones que enumera, entre las que cabe destacar la de aprobar o improbar los tratados que el Gobierno celebre con otros Estados o con entidades de Derecho Internacional, tratados por medio de los cuales podrá el Estado, sobre bases de equidad, reciprocidad y conveniencia nacional, transferir parcialmente determinadas atribuciones a organismos internacionales que tengan por objeto promover o consolidar la integración económica con otros Estados (inciso 16).

Para graficar conclusivamente el punto, corresponde indicar que se ha sostenido que el esquema de control de constitucionalidad imperante se inscribiría en el modelo mixto, "aunque la labor de la Corte Constitucional viene plasmando un sistema 'real' que tiende a orientarse hacia formas de control concentrado de la constitucionalidad de las normas legales".[27]

A modo de digresión, dejamos puntualizado que —desde nuestra óptica— la Corte Constitucional de Colombia evidencia en líneas generales una notable trayectoria en el ejercicio de su labor jurisdiccional, que le permite ser observada con respeto

---

[26] Cifuentes Muñoz cataloga al control que la Corte Constitucional ejerce sobre los tratados internacionales y las leyes que los aprueban, como "control oficioso de constitucionalidad" (Eduardo Cifuentes Muñoz, "Informe sobre la jurisdicción constitucional en Colombia", loc. cit. en nota 19, *in fine* [*Ius et Praxis*], p. 71).

[27] Eguiguren Praeli, op. cit. (*Estudios* …), p. 265.

y situarse en una posición de prestigio en la consideración comparativa de los Tribunales o Cortes Constitucionales iberoamericanos.

B. Tipología de control de constitucionalidad de los tratados internacionales

Según apunta Rivera Santivañez, la Corte Constitucional se ha expedido por la obligatoriedad del control preventivo de constitucionalidad de los tratados internacionales.[28] En tal sentido, el autor citado puntualiza que en la sentencia n° C-178 de 1995 el Tribunal dijo que, al ser el control de constitucionalidad un procedimiento judicial previo al perfeccionamiento del instrumento internacional y posterior a la sanción de la ley que lo aprueba, debe concluirse que, sin el fallo de constitucionalidad de la ley proferido por el Tribunal, el Jefe de Estado no puede adelantar actuaciones enderezadas a perfeccionar el instrumento y aquél no tendría valor alguno, no obstante haber sido aprobado por el Congreso y sancionado por el Presidente de la República como ley.[29]

Como refuerzo del argumento relativo a la procedencia *preventiva* del control de constitucionalidad de los instrumentos internacionales, cabe recordar que en la ponencia presentada en forma conjunta por los constituyentes que integraron la Comisión Tercera de la Asamblea Nacional Constituyente (que decantara en la Ley Fundamental de 1991), se expuso:

> […] Consideramos que el control debe tener lugar tanto sobre el contenido del Tratado como sobre la ley aprobatoria del mismo, una vez ésta haya sido sancionada, trámite que de una parte permitiría un control total sobre el fondo y la forma, pero que a su vez evitaría duplicidad en la función de este control y por tanto dilaciones en la obtención de una seguridad jurídica. *La declaratoria de inconstitucionalidad, ya sea del tratado o de la ley, por parte de la Corte, impediría la ratificación o el canje de notas.*
>
> *Sobre este particular todos los miembros de la subcomisión estuvieron de acuerdo en que es conveniente establecer el control de constitucionalidad sobre los tratados públicos y sus leyes aprobatorias, de manera expresa, antes de que se proceda a ratificarlo;* pero hubo discrepancias en cuanto a la etapa del proceso interno, en que dicho control debe ser ejercido, y en cuanto si este debe ser automático o solamente cuando se haga uso por cualquier ciudadano, de la acción de inexequibilidad.[30]

Asimismo, en el acta nº 1 emanada de la Subcomisión de Relaciones Internacionales de la mencionada Asamblea, se puntualizó lo siguiente:

> *Hubo consenso* […] *respecto a que la Constituyente no puede modificar unilateralmente un Tratado Internacional como lo es el Concordato.*
>
> *Hubo acuerdo en que deben ser celebrados por el Presidente, aprobados por el Congreso, revisados a la luz de la Constitución por la Corte Suprema o la Corte Constitucional y ratificados por el Presidente de la República.*[31]

---

[28] Rivera Santivañez, op. cit., pp. 209-210.

[29] Véase texto del párrafo glosado correspondiente a la sentencia nº C-178/95, loc. cit. (ídem nota anterior).

[30] *Gaceta Constitucional*, nº 68, t. II, 1991, p. 13 (en ambos párrafos, el énfasis ha sido añadido).

[31] *Gaceta Constitucional*, nº 89, t. II, 1991, p. 11 (énfasis añadido).

C. Una reciente percepción de la Corte Constitucional

No obstante todo lo precedentemente manifestado, y para evitar la parcialización del enfoque que deseamos trasuntar, cabe efectuar una matización relativa al curso hermenéutico que, sobre la cuestión, viene discurriendo la Corte Constitucional de Colombia.

En efecto, en la sentencia n° C-400, de 10 de agosto de 1998 (M. P. Alejandro Martínez Caballero), respecto de la "Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales", formalizada en Viena el 21 de marzo de 1986, y de la ley nº 406 de 24 de octubre de 1997 por medio de la cual se aprueba dicha Convención, la Corte Constitucional dejó en claro que abandonaba la doctrina desarrollada en la sentencia nº C-276 de 1993 (M. P. Vladimiro Naranjo Mesa) relativa a su inhibición de examinar la constitucionalidad de un tratado internacional perfeccionado; criterio, este último, ya expuesto por la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 6 de junio de 1985 (M. P. Carlos Medellín Forero). A su vez, con la sentencia n° C-276 de 1993 la Corte Constitucional había corregido el curso tomado mediante la sentencia nº C-027 de 5 de febrero de 1993 (M. P. Simón Rodríguez Rodríguez), en la que decidió sobre el mérito de las demandas incoadas contra la ley nº 20 de 1974 y contra el Concordato celebrado entre Colombia y la Santa Sede en 1973, algunos de cuyos artículos fueron declarados inexequibles, no obstante que el aludido instrumento internacional había sido objeto de canje de ratificaciones desde el 2 de julio de 1975.

Concretamente, y por mayoría de los miembros de la Sala Plena, en la sentencia nº C-400 de 1998,[32] la Corte Constitucional sostuvo que el control material de las

---

[32] En síntesis, y en primer lugar, dicha Sentencia declaró "exequible" la ley nº 406 de 24 de octubre de 1997, por medio de la cual se aprueba la "Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales", formalizada en Viena el 21 de marzo de 1986.

En segundo lugar, juzgó "exequible" la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados entre Estados y organizaciones internacionales o entre organizaciones internacionales, hecha en Viena el 21 de marzo de 1986, "*siempre y cuando el Gobierno de Colombia formule, al depositar el instrumento de ratificación, las siguientes reservas y la siguiente declaración interpretativa:*

"a) En relación con los artículos 11 a 17, y en consonancia con el artículo 46, Colombia precisa que el representante plenipotenciario de Colombia sólo podrá manifestar el consentimiento del Estado colombiano una vez que el tratado haya sido aprobado por el Congreso y revisado por la Corte Constitucional.

"b) En relación con el artículo 25, Colombia precisa que sólo son susceptibles de aplicación provisional por Colombia, sin previa aprobación por el Congreso y revisión por la Corte Constitucional, los tratados de naturaleza económica y comercial acordados en el ámbito de organismos internacionales que así lo dispongan.

"c) En relación con el artículo 27-1, Colombia precisa que acepta que un Estado no puede invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento del tratado, en el entendido de que esta norma no excluye el control judicial de constitucionalidad de las leyes aprobatorias de los tratados".

leyes aprobatorias de tratados ya perfeccionados en manera alguna constituye una intromisión de su parte en la competencia de los jueces internacionales, ya que una declaratoria de inconstitucionalidad de la ley aprobatoria de un tratado no afecta el vínculo internacional como tal, pues frente al Derecho Internacional esa sentencia no tiene ninguna validez jurídica sino que es un mero aspecto fáctico a ser considerado para evaluar si el Estado está o no cumpliendo sus compromisos internacionales (apartado 49).

En ese sentido, estimó que la interpretación del artículo constitucional 241 que mejor armoniza con las funciones de la Corte como guardiana de la supremacía y la integridad de la Constitución es la que marca que, en materia de leyes aprobatorias de tratados, las competencias previstas por los ordinales 4º y 10 son complementarias, por lo cual debe concluirse que, salvo que exista ya cosa juzgada, el Tribunal es competente para conocer de fondo de las demandas ciudadanas contra leyes aprobatorias de tratados, incluso si éstos se encuentran perfeccionados (ap. 56).

En síntesis, admite su competencia para conocer sobre demandas que instauren los ciudadanos contra las leyes aprobatorias de tratados internacionales perfeccionados con anterioridad a la vigencia de la Constitución de 1991, posición de doctrina judicial mayoritaria frente a la cual se verificaron un salvamento de voto del magistrado José Gregorio Hernández Galindo y sendos salvamentos parciales de voto de los magistrados Vladimiro Naranjo Mesa y Hernando Herrera Vergara, mociones disidentes que —sustentadas en sólidos fundamentos jurídicos— dejaron en claro que la finalidad perseguida por el constituyente de 1991 fue establecer un control automático y previo a la ratificación del instrumento internacional, hipótesis que agota las posibilidades competenciales de examen constitucional al respecto por parte de la Corte Constitucional.

3. Chile

A. Referencias normativas y modalidad de control de constitucionalidad

La Constitución chilena dispone, en el artículo 82, inciso 2°, que corresponde al Tribunal Constitucional (TC) resolver las cuestiones sobre constitucionalidad *que se susciten durante la tramitación* de los proyectos de ley o de reforma constitucional y *de los tratados sometidos a la aprobación del Congreso*. En otras palabras, y como recuerda Nogueira Alcalá, el mecanismo de fiscalización establecido por la Ley Fundamental para los tratados y su incorporación al orden jurídico interno se centra en el *control preventivo de constitucionalidad* que realiza el Tribunal a requerimiento de autoridad expresamente facultada para ello.[33]

---

[33] Humberto Nogueira Alcalá, "Los tratados internacionales en el ordenamiento jurídico chileno", *Revista de Derecho Político*, nº 43, UNED, Madrid, 1997, p. 242.

En ese sentido, el TC sólo podrá conocer de la materia a requerimiento del Presidente de la República, de cualquiera de las Cámaras o de una cuarta parte de sus miembros en ejercicio (véase artículo 82, parte aclaratoria referida a la atribución establecida en el inciso 2° de la norma señalada), de lo que se infiere que el control preventivo dispuesto no es obligatorio para el Tribunal, sino facultativo y a instancia de autoridad legitimada.

Pfeffer Urquiaga señala que el Tribunal sólo se pronunciará en relación con el fondo del tratado o el procedimiento de su tramitación, resolviendo si dicho instrumento se ajusta o no a la Constitución.[34] Por último, advierte que aquél no podrá actuar mientras el Presidente de la República no lo haya sometido aún a la aprobación del Congreso.[35]

Conviene recordar que por imperio del artículo 32, inciso 17, ibídem, se reconoce al Presidente de la República la atribución especial de conducir las relaciones políticas con las potencias extranjeras y organismos internacionales y llevar a cabo las negociaciones; además, está facultado para concluir, firmar y ratificar los tratados que estime convenientes para los intereses del país, los que deberán ser sometidos a la aprobación del Congreso. En concordancia con esta última imposición constitucional, el artículo 50, inciso 1°, de la Ley Fundamental dispone como atribución exclusiva del Congreso la de aprobar o desechar los tratados internacionales que le presentare el Presidente de la República antes de su ratificación, aclarándose que *la aprobación de un tratado se someterá a los trámites de una ley* (párrafo 1°, *in fine*).

Fuera de la especificidad relativa al examen de constitucionalidad de tratados y convenios internacionales, y ya en una dimensión general, la cuestión del modelo de control de constitucionalidad puede esquematizarse sosteniendo que en el ordenamiento chileno se permite la inaplicación mediante el sistema difuso pero sólo ante la Corte Suprema,[36] que ejerce el control incidental de la constitucionalidad de las leyes, declarando dicha inaplicabilidad al caso concreto;[37] por su parte, el TC tiene prerrogativas limitadas y en materia de control de constitucionalidad ostenta un carácter preventivo, esto es, previo a la sanción. Se ha aclarado que se trata de una suerte de modelo político *sui generis*, dado que el Tribunal actúa como un filtro de la actividad legislativa.[38]

---

[34] Emilio Pfeffer Urquiaga, "El control constitucional en Chile: Tribunal Constitucional", en Víctor Bazán (coord.): *Desafíos del control de constitucionalidad*, Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1996, p. 424.

[35] Ibídem, pp. 424-425.

[36] García Belaunde, op. cit., p. 138.

[37] Eguiguren Praeli, op. cit. (*Estudios*…), p. 263.

[38] García Belaunde, op. cit., p. 138.

Como habrá ocasión de apreciar, adelantamos que el sistema constitucional chileno guarda silencio respecto de la regulación del Derecho Internacional y su relación con el Derecho Interno.

B. Acerca de la visión jurisprudencial del Tribunal Constitucional

a. Si bien la mencionada porción aclaratoria del artículo 82, relativa a la atribución contenida en el inciso 2°, se refiere expresamente a que tal competencia puede ser desplegada siempre que el requerimiento para el análisis de la constitucionalidad *sea formulado antes de la promulgación de la ley*, es dable colacionar aquí un precedente del Tribunal (la sentencia rol nº 288, de 24 de junio de 1999), en el que dicho órgano ofreció una interpretación particular respecto del límite temporal para el planteamiento de la cuestión de constitucionalidad acerca de los tratados internacionales.[39]

En efecto, en dicho caso se vio urgido a analizar un requerimiento de doce senadores encaminado a que se declarara la inconstitucionalidad del Acuerdo entre las Repúblicas de Chile y Argentina para precisar el recorrido del límite desde el monte Fitz Roy hasta el cerro Daudet. Al respecto, y como anunciábamos, el Tribunal entendió que debía dilucidar si la oportunidad determinada por el inciso 4° del artículo 82 de la Constitución (es decir, *requerimiento formulado antes de la promulgación de la ley*) es aplicable también a los tratados o si sólo se refiere a la ley. Sobre el punto, y luego de indicar que "el tratado y la ley son fuentes de derecho diferentes" [40] (considerando 6°), manifestó que no era posible fijar la promulgación de la ley como la oportunidad límite para formular un requerimiento en contra de un proyecto de tratado internacional (considerando 13), pues "la total incertidumbre acerca de la fecha de promulgación de un tratado erosionaría seriamente la seguridad jurídica tanto en el ámbito nacional como en el internacional, ya que después de la ratificación formal, el Estado se encuentra obligado a respetar sus cláusulas" (considerando 14).

Finalizó exponiendo que, en el caso de los tratados internacionales, *el requerimiento sólo puede formularse mientras el tratado se encuentra sometido a la aprobación del Congreso*, razón por la cual —en el supuesto particular— como la aprobación del tratado por el Congreso concluyó el 2 de junio de 1999 y se comunicó formalmente al Presidente el 9 del mismo mes, el requerimiento (formulado el día 10 de tal mes) era inadmisible por extemporáneo, en tanto el tratado ya no se encontraba

---

[39] Hemos consultado el texto de la sentencia rol nº 288 en loc. cit. nota 19, *in fine* (*Ius et Praxis*), pp. 497-501.

[40] No dejaría de ser conveniente analizar el nivel de compatibilidad de tal afirmación con la que —como veremos— sería volcada posteriormente por el Tribunal en la *supra* citada sentencia rol nº 312, ocasión en que dijo contundentemente que, "*teniendo el tratado fuerza de ley*, nada impide que pueda modificar a una norma de igual jerarquía, sin lesionar con ello el ordenamiento jurídico vigente" —remarcado añadido— (considerando 31).

sometido a la aprobación del Congreso y, por consiguiente, *no podía promoverse conflicto de constitucionalidad, dado que la facultad que para ello tenían los órganos legitimados, se había extinguido por encontrarse fuera de los límites previstos por la Constitución*.[41]

b. Respecto de un precedente posterior al reseñado, específicamente la sentencia rol nº 312, de 3 de octubre de 2000, en la que analizó la petición de inconstitucionalidad del Tratado entre las Repúblicas de Chile y Argentina sobre Integración y Complementación Minera, se ha sostenido que el Tribunal afirma, sin razonamiento jurídico que lo avale, que el tratado tiene "fuerza de ley", añadiendo que puede "modificar a una norma de igual jerarquía", con lo que homologa en jerarquía el tratado a la ley interna,[42] conclusión que no tiene base en el texto constitucional, contraría la tendencia jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia y —tal como se asevera— obedece a los fuertes vacíos y ausencias normativos de regulación del Derecho Internacional y su relación con el Derecho Interno, exigiendo un *aggiornamento* constitucional que tenga presente la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (que, según tenemos entendido, está vigente en Chile desde 1981) y, además, la realidad cada vez más interdependiente que presenta el mundo del siglo XXI.[43]

c. No deseábamos concluir este repaso de algunos precedentes del TC sin efectuar una breve referencia a un reciente pronunciamiento, rol nº 346 (de 8 de abril de 2002), en el que decidió acoger estimatoriamente la petición de inconstitucionalidad planteada por treinta y cinco diputados dirigida a que se declarara la inconstitucionalidad del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, adoptado en tal ciudad el 17 de julio de 1998, contenido en el Acta Final de la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el Establecimiento de una Corte Penal Internacional.

Sintéticamente, y por mayoría,[44] dispuso que el tratado que contiene el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional *requiere de reforma constitucional previa*

---

[41] De tal interpretación se separó el ministro Eugenio Valenzuela Somarriva, para quien, como el proyecto de acuerdo del Congreso por el cual se aprobaba el tratado no había sido sancionado por el presidente ni tampoco promulgado, el requerimiento era tempestivo (es decir, presentado dentro del plazo del artículo 82, inciso 2°), respecto de lo que no estimaba óbice que se tratara de un proyecto de acuerdo para aprobar o desechar un tratado y no de un proyecto de ley, porque de conformidad con el artículo constitucional 50, inciso 1°, la aprobación de un tratado debe someterse a los trámites de una ley.

[42] Cf. "Presentación" (de las sentencias rol nos 288 y 312 del Tribunal Constitucional de Chile), loc. cit. en nota 19, *in fine* (*Ius et Praxis*), p. 496.

[43] Ídem.

[44] El fallo recibió una disidencia de parte del ministro Marcos Libedinsky Tschorne (quien propiciaba rechazar la petición de inconstitucionalidad expresando que el tratado de mención no requiere de reforma constitucional previa para su eventual aprobación por el Congreso Nacional y posterior ratificación por el Presidente de la República) y también las prevenciones del ministro Juan Agustín Figueroa Yávar en relación con los considerandos 59 a 73 de la mayoría. Por último, el magistrado nombrado en último término y el presidente del Tribunal —magistrado Juan Colombo Campbell—, en forma conjunta, previnieron que no compartían el considerando 89 de la sentencia dada por la vertiente mayoritaria.

para su aprobación por el Congreso Nacional y su posterior ratificación por el Presidente de la República.[45]

Si bien el pronunciamiento proporciona rica materia prima para el debate, sólo nos ocuparemos de resaltar algunos aspectos, pues el abordaje de la totalidad de éstos excedería los objetivos prefijados para el presente trabajo.

En ese contexto de análisis, nos ocuparemos de formular una breve referencia a una afirmación que, con todo respeto, consideramos anacrónica a la luz del actual grado de desarrollo obtenido por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Concretamente, el fallo (en el voto mayoritario) trasunta una concepción que tiene por justo que los tratados sobre derechos humanos esenciales revisten una fuerza jurídica superior a la de la ley, "sin dejar de estar comprendidos, desde el punto de vista formal, en el nivel de ésta, en virtud de que, de acuerdo con la Carta Fundamental, toda normativa sobre derechos de los gobernados pertenece a la órbita legislativa. Así, pues, aun cuando, por su propia índole, los preceptos contenidos en los tratados que consideramos recaigan, según ya se ha anotado, en asuntos de la más diversa naturaleza, cuando ellos inciden en lo que se pudiera llamar el 'estatuto de la libertad' consagrado por la Constitución, *quedan siempre evidentemente situados en la categoría formal de la ley*..." —remarcado añadido— (considerando 75).

Parecería subyacer la idea de que el escenario jurídico no habría cambiado como consecuencia de la reforma constitucional producida en 1989, por medio de la que se modificó el artículo 5, quedando su inciso 2° redactado de la siguiente manera: "El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. *Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes*" —énfasis añadido—. A criterio de la mayoría del Tribunal, resulta relevante recordar que, "aunque parezca obvio, la norma constitucional reformada no consagró que los tratados internacionales sobre derechos humanos esenciales tuvieran una jerarquía igual o superior a la Ley Fundamental" (considerando 62).

En claro contraste con las señaladas apreciaciones, parece conveniente recrear textualmente lo puntualizado en torno del asunto por el ministro Libedinsky Tschorne (en su sugerente discrepancia de la mayoría), quien al aludir al inciso 2° de aquel precepto constitucional inquiere y se autoinquiere: "¿Frente al tenor categórico de esta cláusula podría el intérprete sostener que son contrarias a la Constitución disposiciones contenidas en el Tratado de Roma que posibilitan la intervención de una Corte Penal Internacional que permita el castigo efectivo de quienes han atropellado 'derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana'? En otras palabras, ¿es

[45] El texto de la sentencia puede ser consultado en *Ius et Praxis*, año 8, nº 1, Universidad de Talca, Chile, 2002, pp. 583-634.

concebible que la Constitución, por una parte, imponga a todos los órganos del Estado el deber de respetar y promover los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana y, por otro lado, ella misma considere que mecanismos dirigidos, inequívocamente, a cumplir su mandato y obtener el respeto que ella exige, sean declarados inconstitucionales?" (considerando 9 de su disidencia). La claridad de la exposición y de la idea-fuerza que propulsa exime de mayores comentarios.

En relación con otro tema de sustancial importancia, y que desnuda la percepción que recorre el voto mayoritario, se sostuvo que el constituyente ha sido claro al referirse a la *soberanía*, señalando con precisión quién es su titular: la Nación; indicando, también, quiénes la ejercitan: el pueblo y las autoridades que la Constitución establece, entre las que destaca el Presidente de la República, el Congreso Nacional y los Tribunales de la Nación (considerandos 40 y 41). De ello infiere que el otorgamiento de jurisdicción a la Corte Penal Internacional por el Tratado, para eventualmente conocer de conflictos ocurridos dentro del territorio de la República y que deberían ser de competencia de algún tribunal nacional, entra en frontal colisión con la Constitución (al reconocer potestad jurisdiccional para ser ejercida por una autoridad no establecida constitucionalmente) y hace evidente su inconciliabilidad (considerando 45).

Al efectuar una valoración de la sentencia, Nogueira Alcalá anuncia que se está ante la presencia de un fallo "controvertido y que muestra las falencias de nuestro texto constitucional en materia de tratados internacionales, lo que exige una normativa constitucional explícita acorde con los cambios suscitados en el derecho público y su dogmática, como asimismo, en la inserción de los Estados en el nuevo derecho internacional de los derechos humanos, además de asumir los principios contenidos en la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969".[46] A criterio del doctrinario citado, el Tribunal (en la posición mayoritaria) se ha sustentado en una concepción de soberanía superada, tanto en el contexto del mundo contemporáneo (por la doctrina y el Derecho Internacional Público), cuanto en el de la Carta Fundamental chilena (inclusive, en el propio texto de la Constitución de 1980);[47] además de que aquel órgano opta por una interpretación que no asume ni la práctica de quienes establecieron el texto constitucional (la Junta de Gobierno y el entonces presidente Augusto Pinochet) ni, ya desde una dimensión práctica, la perspectiva de los límites de la soberanía que expresamente establece el artículo 5, inciso 2°, de la Ley Fundamental.[48]

---

[46] Humberto Nogueira Alcalá, "Consideraciones sobre el fallo del Tribunal Constitucional respecto del Tratado de Roma que establece la Corte Penal Internacional", loc. cit. nota 45, p. 563.

[47] Ibídem, p. 568.

[48] Ibídem, p. 580.

C. Ante una eventual reforma constitucional

A modo de proposición de *lege ferenda*, y vinculado con la referencia inmediatamente anterior, Nogueira Alcalá, ante una eventual reformulación de las competencias del Tribunal Constitucional chileno (solución que postula), deja en claro su preferencia por el *control preventivo obligatorio de constitucionalidad de los tratados internacionales antes de su ratificación* (por sobre el de carácter facultativo vigente), "de manera que no puedan integrarse al derecho interno aquellos que tengan normas en contradicción con la Carta Fundamental", situación en la que sólo podrían incorporarse por el quórum de reforma de la Constitución correspondiente u otro que el constituyente determine.[49]

Asimismo, el autor citado puntualiza, al referirse a la revisión de las competencias del Tribunal Constitucional, que debería explicitarse que el control represivo de constitucionalidad a través del recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de los preceptos legales, establecido en el artículo 80 de la Constitución, "no es susceptible de aplicarse a los tratados internacionales porque ellos no son preceptos legales, al no ser expresión unilateral de los órganos colegisladores, sino expresión de la voluntad bilateral o multilateral de diversos Estados, además de vulnerar las disposiciones de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados en su artículo 27, incurriendo en vulneración del derecho interno y del derecho internacional".[50]

Resulta de interés recordar que en el corriente año (2002) se lleva adelante en el Congreso un proyecto de reforma constitucional, de cuyo texto (aprobado por la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado) puede extraerse, en relación con el tema que nos ocupa, que el TC adquiere competencia para ejercer el *control preventivo obligatorio* de los tratados internacionales antes de su ratificación por el Presidente de la República, aunque limitado a las materias que sean de carácter orgánico constitucional, de modo tal que aquéllos no pueden incorporarse al Derecho Interno chileno si presentan algún vicio de constitucionalidad, caso en el que debería considerarse la previa modificación de la Constitución o la aprobación de ellos por el quórum de reforma constitucional de acuerdo con la materia respectiva;[51] lo que, a nuestro criterio, entraña un avance *vis-à-vis* el sistema actualmente vigente.

---

[49] Humberto Nogueira Alcalá, "El Tribunal Constitucional chileno y sus competencias. Situación presente y visión prospectiva", *Revista Peruana de Derecho Constitucional*, nº 2, Tribunal Constitucional, Lima, 2000, p. 129.

[50] Ibídem.

[51] Cf. Humberto Nogueira Alcalá, en la conferencia titulada: "La Reforma Constitucional en el constitucionalismo chileno", pronunciada en el marco del VII Congreso Nacional de Derecho Constitucional, desarrollado en Piura, Perú, del 8 al 10 de agosto de 2002 (véase la transcripción, p. 18).

4. Ecuador

A. Panorama general del modelo de control de constitucionalidad. Un breve recorrido normativo

Una caracterización general del modelo adoptado por la Ley Fundamental evidencia —según García Belaunde— un sistema dual o paralelo, con la existencia del Tribunal Constitucional con plena autonomía funcional y efectivos poderes jurisdiccionales y de control, aunque el Poder Judicial mantiene determinadas competencias en materia de inaplicación de leyes inconstitucionales.[52]

La Norma Fundamental ecuatoriana prevé, dentro del marco competencial del Tribunal Constitucional (artículo 276), la atribución de dictaminar, de conformidad con la Constitución, *tratados o convenios internacionales previo a su aprobación por el Congreso Nacional* (inciso 5°).

Tal preceptiva está de acuerdo con la previsión del artículo 161, en cuanto a que el Congreso Nacional aprobará o improbará los siguientes tratados y convenios internacionales: que se refieran a materia territorial o de límites; que establezcan alianzas políticas o militares; que comprometan al país en acuerdos de integración; que atribuyan a un organismo internacional o supranacional el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución o la ley; que se refieran a los derechos y deberes fundamentales de las personas y a los derechos colectivos; y que contengan el compromiso de expedir, modificar o derogar alguna ley.

Al parecer, los tratados y convenios internacionales no referidos a las temáticas individualizadas en el párrafo inmediatamente anterior (es decir, las contenidas en el artículo constitucional 161) pueden ser celebrados y ratificados directamente por el Presidente de la República (quien define la política exterior y dirige las relaciones internacionales) sin la previa aprobación del Congreso Nacional (véase artículo 171, inciso 12, ibídem).

Valga rememorar que el artículo 162, ibídem, preceptúa que la aprobación de los tratados y convenios internacionales se hará en un solo debate y con el voto conforme de la mayoría de los miembros del Congreso (párrafo 1°), para lo que, *previamente, se solicitará el dictamen del Tribunal Constitucional respecto a la conformidad del tratado o convenio con la Constitución* (párrafo 2°).

B. Modalidad de fiscalización constitucional específicamente ceñida a los instrumentos internacionales

Para cerrar la referencia al Derecho ecuatoriano y despejar cualquier duda acerca del momento en que el examen de constitucionalidad debería concretarse, reenvia-

---

[52] García Belaunde, op. cit., pp. 137-138.

mos a Salgado Pesantes, quien precisa que la atribución acordada al Tribunal Constitucional (artículo 276, inciso 5°) está vinculada al *control previo de constitucionalidad de los instrumentos internacionales*, lo cual es necesario hacer *antes* de que el Congreso apruebe o ratifique un tratado o convenio internacionales que luego deban ser cumplidos por el Estado[53] —el énfasis no corresponde al original—.

5. Guatemala

A. Acerca del sistema general de contralor de constitucionalidad en vigor y, en particular, sobre la fiscalización respecto de los instrumentos internacionales. Otras aristas de interés

a. De la convergencia de los artículos constitucionales 204 y 266, por un lado, y 267, por el otro, surge que el sistema de control de constitucionalidad vigente responde al esquema *mixto*, con tendencia a afianzar el elemento de control *concentrado* y a atenuar el *difuso*.[54]

El último de los ingredientes mencionados (*difuso*) emerge de la interacción de los artículos 204 y 266. Aquél dispone que los tribunales de justicia, en toda resolución o sentencia, observarán obligadamente el principio de que la Constitución prevalece sobre cualquier ley o tratado; al tiempo que el artículo 266 establece la posibilidad de que las partes planteen la inconstitucionalidad total o parcial de una ley (como acción, excepción o incidente), en casos concretos, en todo proceso de cualquier competencia o jurisdicción, en cualquier instancia y en casación, y hasta antes de dictarse sentencia.

El elemento *concentrado* se extrae del artículo 267, por cuya virtud las acciones en contra de leyes, reglamentos o disposiciones de carácter general que contengan vicio parcial o total de inconstitucionalidad serán planteadas directamente ante el Tribunal o Corte de Constitucionalidad.

b. La Corte de Constitucional, que —según García Laguardia— aparece por vez primera en la anterior Constitución de 1965, deviene ya en la Carta Fundamental de 1985 (que entró en vigor el 14 de enero de 1986) en un tribunal permanente y de jurisdicción privativa, encargado de garantizar la supremacía de la Constitución y dar plena eficacia a sus normas, configurando un nuevo sistema de justicia constitucional.[55] El artículo 268 le acuerda expresamente la función esencial de defensa del or-

[53] Hernán Salgado Pesantes, "Jurisdicción y procesos constitucionales en el Ecuador", en Eduardo Ferrer Mac-Gregor (coord.): *Derecho Procesal Constitucional*, 2ª ed., Porrúa, México, 2001, p. 1270.

[54] Eguiguren Praeli, op. cit. (*Estudios*…), pp. 264-265.

[55] Jorge M. García Laguardia, "La Constitución guatemalteca de 1985", *Cuadernos Constitucionales México-Centroamérica*, nº 2, Centro de Estudios Constitucionales México-Centroamérica, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México-Corte de Constitucionalidad de Guatemala, México, 1992, p. 32.

den constitucional, que actúa como tribunal colegiado con independencia de los demás organismos del Estado. Sobre tal Tribunal se ha dicho que es el supremo intérprete o intérprete final de la Constitución[56] (artículo constitucional 268 y artículos 69, 142, 149 y 185 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad).

c. Cabe recordar que la Corte de Constitucionalidad de Guatemala recepta competencia para emitir opinión sobre la constitucionalidad de los tratados, convenios y proyectos de ley, a solicitud de cualquiera de los organismos del Estado; ello, de conformidad con los artículos 272, inciso *e*, de la Constitución y 163, inciso *e*, de la mencionada Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, en conexión con los artículos 171 a 177 de la normativa mencionada en último término. De ello surge, naturalmente, la tipología *preventiva* y *abstracta* del control de constitucionalidad de dichos instrumentos internacionales.

d. En cuanto a la distribución competencial en el *íter* a discurrir para la ratificación de los tratados y convenios internacionales, es dable recordar que se dispone constitucionalmente que el Presidente de la Nación deberá someter tales instrumentos a la consideración del Congreso para su aprobación, antes de su ratificación (artículo 183, inciso *k*, de la Ley Fundamental), lo que guarda compatibilidad con la atribución que al Congreso le viene deferida en el artículo 171, inciso *l*, ibídem.

e. Para concluir esta reseña introductoria, permítasenos formular una aproximación a un tema de singular importancia: la relación de los tratados y convenios internacionales frente al Derecho Interno.

En orden a adelantar el análisis de rigor, resultan de valía los siguientes preceptos constitucionales: 44, *in fine* (que prevé la nulidad *ipso iure* de las leyes y disposiciones gubernativas, o de cualquier otra orden, que disminuyan, restrinjan o tergiversen los derechos que la Constitución garantiza); 175, párrafo 1° (que dispone que ninguna ley podrá contrariar las disposiciones de la Constitución, añadiendo que las que violen o tergiversen los mandatos constitucionales son nulas *ipso iure*); y, fundamentalmente, 204 (que preceptúa que los tribunales de justicia, en toda resolución o sentencia, observarán obligadamente *el principio de que la Constitución prevalece sobre cualquier ley o tratado*).

De un análisis literal del precedente mosaico normativo surge la supremacía constitucional sobre toda ley o tratado; sin embargo, para añadir un elemento de discordia a lo que se suponía un esquema de lectura lineal, no podemos soslayar la presencia del artículo 46 que, bajo el epígrafe "Preeminencia del Derecho Internacional", establece el principio general de que, en materia de derechos humanos, *los tratados y*

---

[56] Adolfo González Rodas, "La Corte de Constitucionalidad de Guatemala", *Cuadernos Constitucionales México-Centroamérica*, nº 1, Centro de Estudios Constitucionales México-Centroamérica, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México-Corte de Constitucionalidad de Guatemala, México, 1992, p. 11.

convenciones aceptados y ratificados por Guatemala tienen preeminencia sobre el Derecho Interno. Ello agrega un ingrediente conflictivo a la cuestión, dejándose abierto el interrogante (no resuelto por los Constituyentes) acerca de si los tratados internacionales relativos a derechos humanos receptan valencia supraconstitucional, pues, al referirse la norma a la preeminencia de éstos sobre el Derecho Interno, razonablemente cabría inteligir que en este postulado podría quedar incluida la Ley Fundamental.

Piza Rocafort se expide por tal opción de supraconstitucionalidad, parangonando los casos de Guatemala y Honduras.[57] En similar sentido parecería pronunciarse Ayala Corao, quien aporta un importante dato para enriquecer el debate cuando asegura que el origen del artículo constitucional 46 obedeció al impacto de la OC-3/83, de 8 de setiembre de 1983, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la que estableció que un Estado no puede, aunque su Constitución se lo permita (como era el caso de Guatemala), "aplicar la pena de muerte a delitos para los cuales no estaba contemplada anteriormente en su legislación interna".[58]

En la banda contraria se presenta Gros Espiell, para quien (de resultas del cuadro normativo que examina —artículos constitucionales 272, inciso *e*; 171, inciso *j*, ap. 1°; 173, inciso *j*; y 175— y de una interpretación "contextual") los tratados sobre derechos humanos continúan situándose bajo la Constitución, pero ostentan preeminencia sobre la ley ordinaria y el resto del Derecho Interno.[59] En visión convergente, García Laguardia ha precisado que lo que da jerarquía superior a la Constitución sobre todas las restantes normas (además de los artículos 44, 175 y 204 de la Ley Fundamental), es la disposición del artículo 272, inciso *e*, ibídem, que atribuye a la Corte de Constitucionalidad la competencia para "emitir opinión sobre la constitucio-

---

[57] Rodolfo E. Piza Rocafort, *Derecho Internacional de los Derechos Humanos: la Convención Americana*, San José, Costa Rica, 1989, pp. 88 y 89; cit. por Carlos M. Ayala Corao, "La jerarquía constitucional de los tratados relativos a derechos humanos y sus consecuencias", ponencia presentada al VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional e Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, México, 12 a 15 de febrero de 2002 (véase la transcripción, p. 8).

[58] Cf. Carlos M. Ayala Corao, op. cit., pp. 8-9.

Adicionalmente, corresponde mencionar que el Gobierno de Guatemala había solicitado a la Corte que se abstuviera de rendir la opinión consultiva solicitada por la Comisión Interamericana, lo que fue rechazado por el Tribunal, que por unanimidad se declaró competente para evacuarla; paralelamente, y también en forma unánime, expresó de modo textual que "la Convención prohíbe absolutamente la extensión de la pena de muerte y que, en consecuencia, no puede el Gobierno de un Estado Parte aplicar la pena de muerte a delitos para los cuales no estaba contemplada anteriormente en su legislación interna" (OC 3/83, de 8 de setiembre de 1983, "Restricciones a la pena de muerte [artículos 4.2 y 4.4. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos]", Serie A: Fallos y Opiniones, nº 3, Secretaría de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, San José [Costa Rica], 1983, p. 44).

[59] Héctor Gros Espiell, "Los tratados sobre derechos humanos y el derecho interno", *Estudios en Homenaje al Doctor Héctor Fix Zamudio*, t. II ("Derecho Comparado"), Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1988, p. 1039.

nalidad de los tratados", sin hacer distingos entre ellos, lo que —a su criterio— "deja abierta la posibilidad de su posible constitucionalidad" (*sic*).[60]

Como elemento adicional de análisis, se ha afirmado que la visión de la Corte de Constitucionalidad sobre el particular apunta a indicar que los tratados de derechos humanos ingresan al ordenamiento jurídico guatemalteco con carácter de norma constitucional pero sin potestad reformadora o derogatoria (sentencia de 19 de octubre de 1990, expediente nº 280/90, considerando VIII).[61]

Por nuestra parte, pensamos que aquella duda de interpretación exegética (en torno de la cual se han brindado —como vimos— visiones divergentes) podría ser salvada a partir de la aplicación del principio *pro homine* o *favor libertatis*, al que aludiéramos *supra*, acudiendo a la norma, ya de fuente doméstica, ya de fuente internacional, que exhale una dosis tuitiva más densa en aras de la protección de los derechos humanos (artículos 5 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; 5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos —en adelante: CADH—; 1, apartado 2°, de la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, y 41 de la Convención sobre los Derechos del Niño); lo que —*inter alia*— reconoce una raíz axiológicamente trascendente en la especial naturaleza que ostentan los tratados internacionales de derechos humanos[62] cuyos objeto y fin confluyen en un punto en común: la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos, con independencia de su nacionalidad, tanto frente a su propio Estado cuanto a los restantes Estados contratantes; es decir, como dijo la Corte Interamericana en la OC 2/82, que no son tratados multilaterales del tipo tradicional, concluidos en función de un intercambio recíproco de derechos, para el beneficio mutuo de los signatarios.[63]

---

[60] García Laguardia, op. cit., p. 24.

[61] Cf. Ariel E. Dulitzky, "Los tratados de derechos humanos en el constitucionalismo iberoamericano", en Thomas Buergenthal y Antônio A. Cançado Trindade, *Estudios especializados de derechos humanos*, t. I, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José (Costa Rica), 1996, p. 158.

[62] Ver, ejemplificativamente, al respecto: O.C. 1/82, de 24 de setiembre de 1982, "'Otros tratados' objeto de la función consultiva de la Corte (artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)", Serie A: Fallos y Opiniones, nº 1, Secretaría de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 1982, § 24, p. 13; Corte Europea de Derechos Humanos, *Caso Soering*, 7 de julio de 1989, § 87; "Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide", Opinión Consultiva, CIJ, 28 de mayo de 1951, *Reports of Judgements, Advisory Opinions and Orders*, Leyden A. W. Sijthoff's Publishing Company, 1951, o *Recueil*, 1951, p. 23.

[63] Cf. O.C. 2/82, de 24 de setiembre de 1982, "El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículos 74 y 75)", Serie A: Fallos y Opiniones, nº 2, Secretaría de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 1982, § 29, p. 44.

Sobre el particular, véase para ampliar, Víctor Bazán, "La Convención Americana sobre Derechos Humanos y el efecto de las reservas respecto de su entrada en vigencia: a propósito de la O.C. 2/82 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", en AA.VV., *Derechos humanos. Corte Interamericana*, t. I, Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 2000, pp. 91-165.

B. Breve reseña de un interesante antecedente verificado en la praxis de la Corte

Al solo efecto ilustrativo, y para verificar la mecánica de la praxis de la Corte de Constitucionalidad guatemalteca, evocamos sucintamente la ocasión en que ésta emitió opinión consultiva, el 18 de mayo de 1995, expidiéndose por la constitucionalidad del Convenio 169 de la OIT (sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes), ante la consulta al respecto formulada por varios diputados y el envío formal que el Congreso de la República le realizara el 29 de marzo de 1995. Se ha sostenido que un importante antecedente de la opinión consultiva evacuada por la Corte de Constitucionalidad de Guatemala, lo constituye el previo pronunciamiento de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica sobre dicho Convenio, consulta preceptiva que le había sido dirigida —en los términos del artículo 96 de la Ley de Jurisdicción Constitucional costarricense— por el Directorio de la Asamblea Legislativa.[64]

Volviendo al ámbito guatemalteco, cabe consignar que el Convenio fue ratificado por Guatemala el 5 de marzo de 1996, instrumento de ratificación que consta de tres considerandos, dejándose expuesto en el último de ellos que la Corte había emitido opinión favorable a la aprobación de aquél.[65]

6. Perú

A. Modelo de control de constitucionalidad en general. Situación normativa actual relativa a la fiscalización constitucional de instrumentos internacionales

Preliminarmente, cabe advertir —con Eguiguren Praeli y García Belaunde— que en Perú rige el sistema de control de constitucionalidad dual o paralelo, dado que los modelos difuso y concentrado coexisten simultánea pero separadamente, sin mezclarse, deformarse ni desnaturalizarse.[66] En efecto, en la Carta Magna es dable verificar la institucionalización del control difuso (cuando en el artículo 138 dispone que en todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una legal, los jueces prefieren la primera), y, coetáneamente, la del concentrado, al estatuir —en el artículo 202, inciso 1°, y su remisión al artículo 200, inciso 4°, ibídem— la competencia del Tribunal Constitucional para conocer y resolver, en instancia única, las acciones de inconstitucionalidad contra las normas que tienen rango de ley.

---

[64] Cf. José Emilio Rolando Ordóñez Cifuentes, "La opinión consultiva de la Corte de Guatemala sobre la constitucionalidad del Convenio 169 de la OIT", *Cuadernos Constitucionales México-Centroamérica*, nº 30, Centro de Estudios Constitucionales México-Centroamérica, Universidad Nacional Autónoma de México-Corte de Constitucionalidad de Guatemala, México, 1998, p. 133.

[65] Véase, para ampliar, Ordóñez Cifuentes, op. cit. nota anterior, en especial pp. 133-142.

[66] Eguiguren Praeli, op. cit. (*Estudios*…), p. 266, y García Belaunde, op. cit., pp. 133-136.

Ya en punto al control de constitucionalidad de los tratados internacionales, la Constitución peruana presenta un complejo mosaico normativo.

Así, es posible comprobar que, en mérito al artículo 32, inciso 2°, puede ser sometida a referéndum la aprobación de normas con rango de ley, categoría en la que correspondería entender incluidos los tratados internacionales, en función de lo dispuesto por el artículo 200, inciso 4°, ibídem, por conducto del cual se individualizan las normas que adquieren tal rango y que resultan susceptibles de la acción de inconstitucionalidad; garantía esta última cuyo conocimiento compete, en instancia única, al Tribunal Constitucional (cf. mencionado artículo 202, inciso 1°, ibídem).

No deja de ser polémico —a nuestro criterio— que se adjudique al Tribunal la atribución de controlar *represivamente* la constitucionalidad de los tratados internacionales, tarea cuyo ejercicio puede concluir en una sentencia de inconstitucionalidad que se publica en el diario oficial y que, al día siguiente de dicha publicación, la norma catalogada como inconstitucional queda sin efecto (artículo 204, ibídem). La preocupación surge a poco de pensar en el grado de inestabilidad normativa en que se sume al tratado internacional, aun cuando vigente, con el consecuente demérito de la seguridad jurídica que ello podría desencadenar, la potencial responsabilidad internacional en que el Estado peruano incurriría, y la violación de los principios generales del Derecho que tal conducta irrogaría, cuadro que se agrava si sólo nos detenemos a pensar que Perú ha ratificado —bien que con posterioridad a la entrada en vigencia de la actual Constitución de 1993— la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, que suscribiera el 23 de mayo de 1969; ratificación concretada por decreto supremo nº 029-2000-RE, publicado en el *Diario Oficial El Peruano* de 21 de setiembre de 2000.

De regreso de la digresión, cabe aclarar que el sometimiento del tratado internacional al mencionado mecanismo de democracia semidirecta (referéndum) sólo puede configurarse en el supuesto de que dicho instrumento se encuentre en trance de aprobación, pues la propia Ley Fundamental proscribe esa posibilidad cuando se refiera a “tratados internacionales en vigor” (artículo 32, *in fine*).

Es importante destacar, en torno a la aprobación de los tratados, que la Constitución diseña una duplicidad de procedimientos, con modalidades diversas de acuerdo con la temática a la cual aquéllos se refieran.

En efecto, si versan sobre derechos humanos; soberanía, dominio o integridad del Estado; defensa nacional; u obligaciones financieras del Estado, deberán ser aprobados por el Congreso *antes* de su ratificación por el Presidente de la República. Igualmente requerirán aprobación de aquel cuerpo legisferante los tratados que crean, modifican o suprimen tributos; los que exigen modificación o derogación de alguna ley y los que requieren medidas legislativas para su ejecución (artículo 56).

Por el contrario, no se exige previa aprobación del Congreso si los tratados versan sobre materias no contempladas en el artículo 56; el Presidente de la República puede celebrarlos, ratificarlos o adherir a ellos debiendo sólo dar cuenta al Congreso

(artículo 57, párrafo 1°). Entendemos, sin embargo, que cuando los instrumentos internacionales señalados en último término afecten disposiciones constitucionales deben ser aprobados por el mismo procedimiento que rige la reforma de la Constitución,[67] *antes de ser ratificados por el Presidente de la República* (ibídem, párrafo 2°).

Pareciera que, paralelamente al aludido mecanismo de control *represivo*, coexiste otro, ya *previo*, operable respecto de los tratados que no versen sobre las materias descriptas en el artículo 56 de la Constitución y que afecten disposiciones de ésta, los que, *con anterioridad a su ratificación por el Presidente de la República* (artículo 57, párrafo 2°, ibídem), deben ser aprobados por el mismo procedimiento que rige la reforma de la Constitución.

B. Proyecto de reforma constitucional y modificaciones propuestas

Cabe destacar que en el texto definitivo del proyecto de reforma constitucional concluido durante el año en curso (aprobado en la respectiva Comisión del Congreso, debiendo pasar al pleno de éste para su debate), el mencionado artículo 32 de la actual Constitución peruana queda renumerado como artículo 48 y, en éste, desaparece del apartado 2° la referencia a la aprobación de "normas con rango de ley" y se incorpora como apartado 5° (siempre de ese artículo 48), y como materia susceptible de referéndum, a "los tratados antes de su ratificación", manteniéndose en el parágrafo final de tal norma la prohibición de someter a referéndum a los tratados en vigor.

Como se anticipara, en la enumeración actual del artículo constitucional 200, inciso 4° (referente a las normas que *tienen rango de ley* y, por tanto, posibles blancos de la acción de inconstitucionalidad), quedan incluidos: las leyes, los decretos legislativos, los decretos de urgencia, *los tratados*, los reglamentos del Congreso, las normas regionales de carácter general y las ordenanzas municipales que contravengan la Constitución en la forma o en el todo. Por su parte, en el texto de reforma constitucional en proyecto desaparece la expresión "acción de inconstitucionalidad", la que es sustituida por la de "proceso de inconstitucionalidad", el que —de acuerdo con el proyectado artículo 59— procede contra leyes, decretos legislativos, decretos de urgencia, reglamentos del Congreso, normas regionales de carácter general, ordenanzas municipales y *tratados*.

A su tiempo, en la redacción proyectada se deja sentado, como principio general, que "todo tratado debe ser aprobado por el Congreso, antes de su ratificación por el Presidente de la República" (artículo 79), eliminándose la enumeración de materias

---

[67] El artículo constitucional 206, párrafo 1°, prevé que toda reforma constitucional debe ser aprobada por el Congreso con mayoría absoluta del número legal de sus miembros, y ratificada mediante referéndum, el que puede omitirse cuando el acuerdo del Congreso se obtiene en dos legislaturas ordinarias sucesivas con una votación favorable, en cada caso, superior a los dos tercios del número legal de congresistas.

(contenida en el actual artículo 56) respecto de las que se requiere la convergencia de tal mecanismo aprobatorio. Sea como fuere, se mantiene un segmento de atribución competencial privativa del Presidente de la República, quien puede —en materias de su exclusiva competencia— "celebrar tratados con Estados extranjeros u organizaciones internacionales o adherir a ellos sin el requisito previo de la aprobación del Congreso. En todo caso debe dar cuenta inmediata a éste en un plazo no mayor de noventa (90) días" (cf. proyectado artículo 81 que, con algunas variantes, coincide con el actual artículo 57).

Por lo demás, y como uno de los principios fundamentales (el IX) dentro del título preliminar, el proyecto establece que "los tratados sobre derechos humanos tienen *jerarquía constitucional*", principio que se compadece —*inter alia*— con otras normas constitucionales propuestas, tales como el artículo 82, que establece que "los preceptos contenidos en los tratados relativos a derechos humanos tienen *jerarquía constitucional*. No pueden ser modificados sino por el procedimiento que rige para la reforma de la Constitución" —en todos los casos, el destacado ha sido añadido—. Paralelamente, y a modo de importante pauta hermenéutica, se dispone —como otro principio fundamental (el II) dentro del esquema de aquel título—, que "los derechos fundamentales […] *se interpretan de conformidad con los tratados y declaraciones internacionales, en la medida que sean más favorables a la persona humana*. El Estado garantiza el goce y ejercicio de estos derechos" —subrayado propio—.

Es de resaltar que en el título II ("Del Estado y la Nación"), específicamente como capítulo III de ese título (y bajo el siguiente epígrafe: "De los tratados") se despliega un *continuum* normativo, que comprende los artículos 78 a 83, referido a la determinación de las pautas básicas regulatorias de la materia. De ellas sobresalen, ilustrativamente y además de las ya adelantadas: la previsión del artículo 78, *in fine*, en cuanto a que, en caso de conflicto entre el tratado y la ley, prevalece el primero, declaración de primacía que no contiene el texto actual del artículo 55 (con lo que se volvería —en líneas generales— a la redacción del artículo 101 de la Constitución de 1979),[68] y, fundamentalmente, el precepto literalizado en el artículo 83, en virtud del cual se autoriza al Estado a que, sobre la base de los principios de equidad, reciprocidad y dignidad de la persona humana, celebre "tratados mediante los cuales reconozca determinadas competencias a organismos internacionales con jurisdicción para cautelar los derechos humanos, combatir el crimen internacional, la corrupción y el

[68] Un interesante trabajo sobre las diferencias entre las Constituciones de 1979 y 1993 en relación con el respectivo (y diverso) tratamiento dispensado, en general, a la problemática de la posición de los tratados internacionales respecto del derecho interno y, en particular, a la de los convenios relativos a derechos humanos, puede verse en Marcial Rubio Correa, "La ubicación jerárquica de los tratados referentes a derechos humanos dentro de la Constitución peruana de 1993", *Pensamiento Constitucional*, año V, nº 5, Maestría en Derecho con Mención en Derecho Constitucional, Pontifica Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial, Lima, 1998, pp. 99-113.

terrorismo, así como para auspiciar los procesos de integración" (párrafo 1°), postulando a continuación un tándem de cuestiones que —a nuestro juicio— ostentan importancia capital: por una parte, la especificación relativa a que los fallos de dichos organismos son de aplicación inmediata y de cumplimiento obligatorio en el territorio peruano y exigibles de cumplimiento por los participantes ante los tribunales nacionales (párrafo 2°), y, por otra, la clara previsión atinente a que "la terminación de un tratado, su suspensión o modificación, no podrá tener lugar sino como resultado de la aplicación de las disposiciones del propio tratado o de acuerdo con las normas generales del Derecho Internacional" (párrafo 3°).

Las dos últimas cuestiones referenciadas (de un lado, aplicación inmediata, cumplimiento obligatorio y exigibilidad ante los tribunales nacionales de los fallos de los organismos internacionales para cautelar derechos humanos, y, del otro, la inequívoca determinación de los caminos jurídicos para concretar la terminación, suspensión o modificación de los tratados) adquieren una connotación axiológica sumamente relevante, pues suponen una suerte de inmunización institucional para descartar preventivamente el eventual intento de reiteración de ciertos acontecimientos censurables de la historia peruana reciente, anudados a la gestión del ex presidente Fujimori;[69] despropósitos afortunadamente superados —complementaria y sucesivamente— por la restauración democrática del gobierno de transición de V. Paniagua y del actual primer mandatario elegido popularmente, A. Toledo.[70] Nos referimos al desconocimiento de ciertas sentencias emitidas contra Perú por la Corte Interamericana de Derechos Humanos; a la declaración, por organismos de justicia internos, de "inejecutabilidad" de dichos pronunciamientos; a la "devolución" de las demandas notificadas por tal organismo jurisdiccional internacional; y al "retiro con efectos inmediatos" del Estado peruano de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana, aprobado mediante resolución legislativa nº 27.152 el 8 de julio de 1999.

---

[69] Al respecto, ver —por todos— César Landa, "Invalidez del retiro del Perú de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", y Francisco Eguiguren Praeli, "El sistema interamericano de protección de los derechos humanos y sus problemas: el retiro del Estado peruano de la competencia de la Corte", ambos publicados en *Revista Peruana de Derecho Público*, año I, nº 1, diciembre de 2000, Grijley, Lima, pp. 27-51 y 53-69, respectivamente

Por su parte, y a favor de la viabilidad del retiro del reconocimiento de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos por un Estado parte en el Pacto de San José de Costa Rica (y de los efectos inmediatos que produce), con aclaración de que el trabajo no hace referencia específica al retiro formulado por Perú, véase Héctor Gros Espiell, "Retiro del reconocimiento de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", loc. cit. párrafo anterior, pp. 15-26.

[70] Véase, por ejemplo, Francisco Eguiguren Praeli, "El 'retorno' del Perú al sistema interamericano de Derechos Humanos", *Revista Peruana de Derecho Público*, año I, nº 2, enero-junio de 2001, Grijley, Lima, pp. 27-32.

No deseábamos finalizar esta reseña de la propuesta de modificación constitucional sin efectuar una breve mención a un precepto importante. Aludimos al proyectado artículo 52, que estipula que "toda persona tiene derecho a recurrir ante los órganos supranacionales, jurisdiccionales o no jurisdiccionales, encargados de velar por el respeto de los derechos humanos según los tratados de la materia de los que el Perú es parte. Todos los órganos del Estado tienen el deber de cumplir con las sentencias dictadas por los órganos jurisdiccionales supranacionales". Huelga recordar que ello se conecta (para intentar ocluirlas jurídicamente hacia el futuro) con las precitadas circunstancias del tristemente famoso retiro de la competencia de la Corte, el desconocimiento de las sentencias emitidas por ésta y la declaración de "inejecutabilidad" de sus fallos en el plano interno.

7. Venezuela

A. Modelo de control de constitucionalidad y plexo normativo vigente

Liminarmente, es útil evocar que en la Constitución vigente (1999) se recogen, en punto al sistema de "justicia constitucional",[71] todos los principios del modelo mixto o integral; es decir, el *control difuso*, a cargo de todo juez de la República, y el *control concentrado* de la constitucionalidad de los actos estatales conforme a la Constitución, que se ejerce por dos jurisdicciones diversas: la *constitucional*, que corresponde exclusivamente a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, respecto de las leyes y demás actos de los órganos del Poder Público dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución; y la *contencioso-administrativa*, ejercitable por los órganos competentes para controlar la constitucionalidad de los actos administrativos, normativos y no normativos, aunque siempre de rango sublegal.[72]

Por virtud del artículo constitucional 335, 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. Añade que las interpretaciones que establezca la Sala Constitucional de dicho Tribunal sobre el contenido o el alcance de las normas y principios cons-

---

[71] Brewer-Carías critica la apreciación formulada por la Sala Constitucional del Supremo Tribunal de Justicia en su sentencia nº 129, de 17 de marzo de 2000, en el sentido de que tal Sala "tiene atribuida competencia *para ejercer la jurisdicción constitucional, es decir, la potestad de juzgar y de hacer ejecutar lo juzgado en materia constitucional*" (énfasis del original), pues entiende que la noción de *justicia constitucional* es diversa de la de *jurisdicción constitucional*, además de que —estima— no es posible identificar la *jurisdicción constitucional* con "la potestad de juzgar en materia constitucional", que equivaldría a *justicia constitucional*. En otras palabras, entiende que la Sala Constitucional del Tribunal Supremo ejerce *jurisdicción constitucional*, puesto que se le ha atribuido el monopolio para anular determinados actos estatales: las leyes y demás actos de rango legal o de ejecución directa e inmediata de la Constitución (Allan R. Brewer-Carías, "La Justicia Constitucional en la Constitución venezolana de 1999", en Eduardo Ferrer Mac-Gregor [coord.], loc. cit. nota 53, p. 933).

[72] Ibídem, pp. 936 y ss.

titucionales son vinculantes para las otras Salas del mismo y demás tribunales de la República.

Entre las atribuciones de la precitada Sala Constitucional, el artículo 336 incluye la de verificar, a solicitud del Presidente o Presidenta de la República o de la Asamblea Nacional, *la conformidad con la Constitución de los tratados internacionales suscritos por la República antes de su ratificación* (ordinal 5°).[73]

Es dable constatar que la Constitución, en el artículo 187, ordinal 18, acuerda a la Asamblea Nacional atribución para aprobar por ley los tratados o convenios internacionales que celebre el Ejecutivo nacional, salvo las excepciones consagradas en la propia Constitución; al tiempo que adjudica al Presidente o Presidenta de la República competencia para dirigir las relaciones exteriores y celebrar y ratificar los tratados, convenios o acuerdos internacionales (cf. artículo 236, ordinal 4°).

B. Interesante percepción doctrinal

Según Brewer-Carías, lo importante es destacar que, con el citado artículo constitucional (336, ordinal 5°), se incorporó al sistema de justicia constitucional en Venezuela una figura que tuvo su origen en los sistemas constitucionales europeos (como el francés y el español) y que también existe en Colombia, "el cual permite el control previo de la constitucionalidad de un tratado internacional suscrito por la República y *evitar, en esos casos, la impugnación posterior de la ley aprobatoria del tratado ante el Tribunal Supremo*" (destacado nuestro).[74]

El citado autor puntualiza que la Sala Constitucional debe verificar la conformidad del tratado con la Constitución y, si aquél no resulta conforme con ésta, entonces no puede ser ratificado, de lo que podría resultar, en todo caso, una iniciativa de reforma constitucional para adaptar la Constitución al tratado.[75] El autor citado califica como "evidente" que, si la Sala considera en su decisión que el tratado es conforme con la Constitución, no podría posteriormente ejercerse una acción de inconstitucionalidad contra la ley aprobatoria del tratado.[76] Finaliza la exposición relativa a esta cuestión señalando (en posición que compartimos) que un mecanismo de control de este tipo (previo) es muy importante en procesos de integración económica regional, pues llevaría a la ratificación de los tratados respectivos sólo después de la verificación de su constitucionalidad por el Tribunal Supremo y evitar, así, la impugnación posterior de la ley aprobatoria de los tratados.[77]

---

[73] Texto constitucional "corregido" y que varía del aprobado en el referéndum de 15 de diciembre de 2000 y publicado el 30 de diciembre de 1999, que establecía la "conformidad *de* la Constitución *con* los tratados internacionales" —énfasis propio— (ibídem, p. 948).

[74] Ibídem, p. 947.

[75] Ibídem, p. 948.

[76] Ibídem.

[77] Ibídem.

III. Visión de conjunto

Analizados sucintamente ciertos aspectos de los pliegues normativos y jurisprudenciales de los sistemas jurídicos boliviano, colombiano, chileno, ecuatoriano, guatemalteco, peruano y venezolano, en las líneas siguientes brindaremos una apreciación de conjunto de tales esquemas, en particular, respecto de ciertas aristas dignas de mención para el desarrollo de nuestro trabajo, sin evadir nuestra visión personal ni omitir la formulación —preliminar y aproximativa— de una propuesta de *lege ferenda*.

1. Sistemas de control de constitucionalidad

a. Mediante la reforma constitucional de 1994, en Bolivia la intención se centró en instaurar un sistema *concentrado* de control de constitucionalidad (titularizado por el Tribunal Constitucional), aunque se ha aclarado que, en realidad, rige un modelo *formalmente mixto con indudable tendencia hacia un modelo concentrado*,[78] añadiéndose que el Tribunal es parte integrante del Poder Judicial, el que puede ejercer el control difuso.[79]

b. El esquema de control de constitucionalidad imperante en Colombia se inscribiría en el modelo *mixto*, aunque fácticamente la labor de la Corte Constitucional viene plasmando un sistema orientado hacia formas de control *concentrado* de la constitucionalidad de las normas legales.[80]

c. A su tiempo, en Chile se encuentra permitida la inaplicación mediante el sistema *difuso* pero sólo ante la Corte Suprema,[81] que ejerce el control incidental de la constitucionalidad de las leyes, declarando dicha inaplicabilidad al caso concreto;[82] por su parte, el Tribunal Constitucional ostenta, en materia de control de constitucionalidad, un carácter *preventivo*, esto es, previo a la sanción. Se ha sostenido que se trata de una suerte de modelo *político sui generis*, dado que el Tribunal actúa como un filtro de la actividad legislativa.[83]

d. En Ecuador, el modelo responde al sistema *dual o paralelo*, con la existencia del Tribunal Constitucional con plena autonomía funcional y efectivos poderes jurisdiccionales y de control, aunque el Poder Judicial mantiene determinadas competencias en materia de inaplicación de leyes inconstitucionales.[84]

---

[78] Eguiguren Praeli, op. cit. (*Estudios constitucionales*).
[79] García Belaunde, op. cit.
[80] Cf. Eguiguren Praeli, op. cit. (*Estudios constitucionales*).
[81] García Belaunde, op. cit.
[82] Eguiguren Praeli, op. cit. (*Estudios constitucionales*).
[83] García Belaunde, op. cit.
[84] Ibídem.

e. En Guatemala, el sistema de control de constitucionalidad vigente se inscribe en el esquema *mixto*, con tendencia a afianzar el elemento de control *concentrado* y a atenuar el *difuso*.[85]
f. En el ordenamiento peruano puede constatarse la vigencia de un sistema *dual o paralelo*, caracterizado por la coexistencia simultánea pero separada de los modelos *difuso* (ejercitable por todos los jueces) y *concentrado* (titularizado por el Tribunal Constitucional), aunque sin mezclarse, deformarse ni desnaturalizarse.[86]
g. Por último, en Venezuela, se recogen en la Ley Fundamental en vigor todos los principios del modelo *mixto o integral*; es decir, el control *difuso*, a cargo de todo juez de la República, y el control *concentrado*, relativo a la constitucionalidad de los actos estatales conforme a la Constitución, que se ejerce por dos jurisdicciones diversas: la *constitucional*, que corresponde exclusivamente a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo, acerca de las leyes y demás actos de los órganos del Poder Público dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución; y la *contencioso administrativa*, por los órganos competentes para controlar la constitucionalidad de los actos administrativos, normativos y no normativos, aunque siempre de rango sublegal.[87]
h. En síntesis, y tendiendo el puente hacia el punto que abordaremos a continuación, las modalidades de control de constitucionalidad implementadas en los esquemas analizados, en las gamas y con los matices anunciados, evidencian que —en líneas generales— la tarea de fiscalización constitucional de los tratados internacionales se concentra competencialmente en los Tribunales Constitucionales, la Corte Constitucional de Colombia, la Corte de Constitucionalidad guatemalteca o, en el caso de Venezuela, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia; de allí que adquiera una inocultable trascendencia la labor hermenéutica que sobre el particular acometen tales órganos jurisdiccionales, cuyas interpretaciones pueden alcanzar fuerza vinculante.

2. Control de constitucionalidad de tratados y convenios internacionales: puntos de contacto y de desencuentro en los sistemas analizados

Como se anunciaba, la cuestión del contralor de constitucionalidad de los tratados y convenios internacionales se vincula con una problemática de más vasto calibre: la manera como cada Estado resuelve, ya desde el texto constitucional, ya desde

---

[85] Eguiguren Praeli, op. cit. (*Estudios constitucionales*).
[86] Ibídem, y García Belaunde, op. cit.
[87] Allan R. Brewer-Carías, "La Justicia Constitucional en la Constitución venezolana de 1999", en Eduardo Ferrer Mac-Gregor (coord.), loc. cit. nota 53.

la vertiente jurisprudencial, la conexión tratado internacional-derecho interno; esto es, tanto el modo de recepción de esos instrumentos internacionales, cuanto la ubicación que les acuerdan en relación con el derecho doméstico. Se patentiza —consideramos— la imperiosa necesidad de que existan normas claras e inequívocas al respecto, constatándose la existencia de ordenamientos constitucionales que guardan silencio en torno a ello (verbigracia, Bolivia y Chile). Fundamentalmente en los supuestos mencionados en último término, las carencias normológicas provocan que la labor jurisprudencial de los respectivos Tribunales Constitucionales recepte una innegable plusvalía como idóneo vehículo hermenéutico para desentrañar la posición que los señalados instrumentos y normas internacionales adquieren *vis-à-vis* el derecho doméstico. Ya en otros casos se hace perceptible la determinación *ex Constitutione* de la valencia de los instrumentos internacionales sobre la legislación interna (por ejemplo, y en materia de derechos humanos, el artículo 23 de la Constitución venezolana, que adjudica jerarquía constitucional y prevalencia en el orden interno a los tratados, pactos y convenciones relativos a dicha materia, suscritos y ratificados por Venezuela, en la medida en que contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorables a las establecidas por la Constitución y la ley de la República; o, con sus bemoles, el artículo 46 de la Constitución guatemalteca, que señala como principio general que, en materia de derechos humanos, los tratados y convenciones aceptados y ratificados por Guatemala tienen preeminencia sobre el derecho interno).

El examen de la preceptiva constitucional abordada arroja que casi la totalidad de los ordenamientos, bien que con matices, diagrama por vía de principio un *control de constitucionalidad previo o preventivo del tratado internacional*, que puede ser: *obligatorio*, verbigracia, Colombia o Ecuador, en este último caso, cuando se trate de aquellos instrumentos que requieran la aprobación del Congreso Nacional, es decir, los enumerados en el artículo constitucional 161; o *facultativo* o *potestativo*, por ejemplo, Bolivia y Chile.

De ese espectro normativo, que —sin perjuicio de algunas aristas diferenciadas— presenta lineamientos comunes, escapa el cuadro de previsiones constitucionales peruano, que delinea un esquema *sui generis*, pues si bien puede percibirse que el control de constitucionalidad a cargo del Tribunal Constitucional con relación a las normas con rango de ley —entre las que cabe subsumir a los tratados internacionales— es *represivo* y las sentencias emitidas en uso de tales atribuciones producen efectos *erga omnes* y *ex nunc*,[88] cabe apreciar que, paralelamente a dicho mecanismo, coexiste otro, ya *previo*, operable respecto de los tratados que no versen sobre las materias descriptas en el artículo 56 de la Constitución y que afecten disposiciones de

[88] Véase César Landa Arroyo, "Del Tribunal de Garantías al Tribunal Constitucional: el caso peruano", *Pensamiento constitucional*, Maestría en Derecho con Mención en Derecho Constitucional, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1995, p. 101.

ésta, los que, *con anterioridad a su ratificación por el Presidente de la República* (artículo 57, párrafo 2°, ibídem), deben ser aprobados por el mismo procedimiento que rige la reforma de la Constitución.

En sintonía con lo expuesto, Eguiguren Praeli[89] concluye que los cinco Tribunales Constitucionales que analiza (refiriéndose a los de Bolivia, Colombia, Chile, Ecuador y Guatemala) realizan el control preventivo de la constitucionalidad de los tratados y convenios internacionales antes de su aprobación por el Congreso o de su ratificación por el Presidente (caso, este último, que corresponde a Colombia). Por su parte, en concreta alusión a Perú, y refiriéndose al control *a posteriori* por el Tribunal Constitucional, es decir, luego de que los tratados internacionales hayan sido aprobados y ratificados, no escatima en críticas respecto de tal mecanismo, precisando que ello "resulta paradójico y contraproducente, por los efectos para las relaciones internacionales que acarrearía una eventual declaratoria de inconstitucionalidad de un tratado ya aprobado y ratificado por el Estado".[90]

3. Algunas cuestiones opinables emergentes de la praxis jurisprudencial

La praxis judicial de los esquemas analizados pone en evidencia la existencia de algunos precedentes (a nuestro juicio, polémicos) en los que, a través de la interpretación del órgano pertinente de justicia constitucional, se han habilitado ciertas alternativas para adelantar el ejercicio del control posterior del tratado o convenio internacionales, alegando —en el caso del TC de Bolivia— la convergencia de un recurso indirecto o incidental de inconstitucionalidad (véase la sentencia constitucional

---

[89] Eguiguren Praeli, op. cit. (*Estudios constitucionales*), p. 332.

También desde otras latitudes se suman opiniones dirigidas a la institucionalización del control previo de constitucionalidad de los tratados internacionales en sus derechos internos, mediante una reforma constitucional. Así, sólo a guisa de ejemplo y en alusión al contexto mexicano, Roa Ortiz se expide por una reforma constitucional que incida en la creación *ex novo* de un mecanismo de control previo de constitucionalidad de los tratados internacionales, lo que —a su criterio y entre otras finalidades— perfeccionaría el régimen normativo de protección y salvaguarda de la Constitución y evitaría la vinculación jurídica de México en el ámbito internacional sin antes proceder a las reformas o modificaciones del texto constitucional para prevenir las posibles contradicciones *ad intra* (Emmanuel Roa Ortiz, op. cit. nota 6, pp. 205-207). Por su parte, Cruz Ramos sostiene que viene a sumarse a los estudiosos del Derecho Internacional y Constitucional que aprecian ya la necesidad de reformar el artículo 133 de la Constitución mexicana, y tal vez otros de sus preceptos, "con el objeto de que los órganos legislativos no expidan, sin que previamente se denuncie un tratado internacional, normas contrarias al mismo, y que, en el procedimiento para el perfeccionamiento de los tratados internacionales, previo a su aprobación, se analice a fondo su constitucionalidad" (Jorge Antonio Cruz Ramos, "La aplicación de los tratados internacionales por los Tribunales judiciales", en *El papel del Derecho Internacional en América. La soberanía nacional en la era de la integración regional*, Universidad Nacional Autónoma de México-The American Society of International Law, 1997, p. 175).

[90] Eguiguren Praeli, op. cit. (*Estudios constitucionales*), p. 332.

nº 036/01) o reivindicando, en el de la Corte Constitucional colombiana, su competencia para conocer de las demandas ciudadanas contra leyes aprobatorias de tratados, aun cuando éstos estén perfeccionados (véase la sentencia nº C-400 de 1998).

También aparece discutible alguna percepción del Tribunal Constitucional chileno, concretamente la reseñada sentencia rol nº 312, de 3 de octubre de 2000, en la que sostuvo que el tratado tiene "fuerza de ley", añadiendo que puede "modificar a una norma de igual jerarquía", con lo que parifica cualitativamente el tratado y la ley. No acordamos con dicha homologación jerárquica pues, por una parte, el tratado no es una ley y, por otra, no puede ostentar rango legal, ya que una *paridad normativa* tal podría conducir —por vía de hipótesis— a la aplicación del criterio cronológico en virtud del cual *lex posterior derogat prior*, o del parámetro de especialidad (la ley especial deroga a la ley general), con el consecuente detrimento de la virtualidad aplicativa del tratado internacional, dado que su ya incierto destino vivencial estará continuamente amenazado por el potencial dictado de una ley posterior (o, en su caso, especial) que lo abrogue o modifique.[91] Por su parte, en la sentencia rol nº 346, de 8

---

[91] No resultan ajenos a tal interpretación algunos precedentes verificables, por caso, en los repertorios jurisprudenciales del Supremo Tribunal Federal de Brasil o de la Corte Suprema de Justicia de Uruguay. Véase, al respecto, Víctor Bazán, por ejemplo en: "El Mercosur desde el plano de las Constituciones de sus Estados Partes: perspectivas del sistema de solución de controversias", en Luiz Otávio Pimentel (coord.): *Direito da Integração e relações internacionais*, Fundação Boiteux, Florianópolis, 2001, pp. 670-682; "Hacia la pervivencia del Mercosur: nivelación constitucional, establecimiento de instituciones supranacionales y efectiva protección de los derechos humanos", en VV.AA., *El Derecho Constitucional del siglo XXI. Diagnóstico y perspectivas*, Ediar, Buenos Aires, 2000, pp. 275-309.

Corresponde adicionar que la Constitución brasileña atribuye competencia al Supremo Tribunal Federal para juzgar, mediante recurso extraordinario, las causas decididas en única o última instancia, cuando la decisión recurrida declarase la inconstitucionalidad de un tratado (artículo 102, inciso III, b). Colateralmente, permítasenos indicar que, a partir de ello, Caputo Bastos extrae como consecuencia la imposibilidad de que Brasil se someta a un orden jurídico supranacional, dada la supremacía del Derecho Constitucional Interno sobre el Derecho Internacional (Carlos Eduardo Caputo Bastos: "O processo de integração do Mercosul e a questão da hierarquia constitucional dos tratados", *Estudos da Integração*, nº 12, Associação Brasileira de Estudos da Integração, Brasilia, 1997, p. 17).

Ya respecto de la Constitución uruguaya, en ésta se prevé que corresponde a la Suprema Corte de Justicia juzgar, originariamente, en las cuestiones relativas a tratados, pactos y convenciones con otros Estados (artículo 239, numeral 1). Al respecto, se ha añadido que todo aquello que tenga relación con la existencia, el alcance, los efectos y la aplicación de los tratados internacionales, los pactos y las convenciones internacionales que Uruguay celebre con Estados y organismos internacionales, será de competencia exclusiva de dicho Tribunal, de lo que surge que el propósito del constituyente fue asignar al máximo órgano jurisdiccional el conocimiento de una cuestión que se estima, también, de máxima relevancia para el país (cf. Walter D. Guerra Pérez, "Derecho Procesal Constitucional en el Uruguay. Panorama normativo e institutos afines", en Eduardo Ferrer Mac-Gregor [coord.], loc. cit. nota 53, pp. 1087-1088). Por su parte, Esteva Gallicchio incluye como objeto del control concentrado de constitucionalidad por la Suprema Corte, las leyes que aprueban tratados, convenciones o contratos internacionales (artículos 256 y 85, ordinal 7°, de la Constitución uruguaya), y señala que el texto y el contexto constitucionales admiten tal control, aunque advierte que el Tribunal "elude la posibilidad de

de abril de 2002, el TC se expidió sobre el tratado que contiene el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, disponiendo que se requiere de reforma constitucional previa para su aprobación por el Congreso Nacional y su posterior ratificación por el Presidente de la República, pudiendo constatarse que en la porción motiva del pronunciamiento el Tribunal deja al descubierto y se sustenta en algunas concepciones ya superadas y discutibles en torno del principio de soberanía y de la modificación constitucional operada en 1989 y plasmada en el añadido al inciso 2° del artículo 5 de la Ley Fundamental chilena.

4. ¿Control de constitucionalidad a priori o a posteriori de los instrumentos internacionales?

Como recurrentemente hemos afirmado, nos expedimos por la viabilidad de las hipótesis de control constitucional *preventivo* de los tratados y convenios internacionales, inclusive por la *obligatoriedad* de tal fiscalización.

El control de constitucionalidad *represivo o posterior* de los instrumentos internacionales, es decir, articulable una vez que éstos estén perfeccionados, integrados en el ordenamiento jurídico interno y en vigor, resulta discutible, pues la aplicación sistemática e inveterada de esa práctica podría vaciar de contenido axiológico y jurídico a la exigencia que se impone a todo Estado de honrar sus compromisos internacionales, permitiendo que en cualquier momento un tratado vigente pudiera ser declarado (total o parcialmente) inconstitucional, lo que supondría la violación de los principios generales del derecho y, ya en particular, las pautas *pacta sunt servanda* (norma fundamental de todo el derecho de los tratados), buena fe e improcedencia de alegar disposiciones de derecho interno para justificar el incumplimiento de los acuerdos internacionales; por otra parte, propiciaría el demérito de la seguridad jurídica, deslizaría al Estado en cuestión hacia una hipótesis de potencial responsabilidad internacional y deterioraría su imagen en el exterior.

Es perentorio proceder con mesura y prudencia al momento de negociar, concluir, firmar, aprobar y ratificar los tratados y convenios internacionales, cuidando que las cláusulas de éstos no violen precepto constitucional alguno, en orden a asegurar la incolumidad de la supremacía constitucional.

Pero cuando el tratado o el convenio han sido suscritos, aprobados, ratificados y con comunicaciones de ratificación canjeadas y tales actividades han sido desplegadas por las respectivas autoridades nacionales con competencia para dichos menesteres sin que mediara declaración de inconstitucionalidad por el Tribunal Constitucio-

---

pronunciarse", citando ejemplificativamente el caso de la sentencia nº 38 de 1969 (Eduardo G. Esteva Gallicchio, "Estudio nacional sobre el sistema de Justicia Constitucional: Uruguay", *Revista Uruguaya de Derecho Constitucional y Político*, t. XII, nos 67-71, junio 1995-marzo 1996, Montevideo, 1997, pp. 217 y 218 [en esta última, texto y nota 83]).

nal respectivo, o habiendo sido considerado constitucional por éste, no deja de ser razonable entender extinguida la competencia del Tribunal para efectivizar el control de constitucionalidad respecto de aquéllos, quedando potencialmente subsistentes las vías estipuladas en el marco del Derecho Internacional para la terminación de los tratados y convenios.

Ello, desde que, mientras el tratado esté vigente, debe ser observado por las partes (artículo 26 de la Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados); y ese cumplimiento, concretarse de buena fe (señalado artículo 26, parte *in fine*, y artículo 31, inciso 1°, ibídem), siendo improcedente alegar o invocar disposiciones del Derecho Interno (entre las que cabe incluir a las sentencias judiciales) para autoexonerarse o intentar justificar la exención de cumplimiento de las obligaciones emergentes del aludido acto jurídico internacional, salvo cuando el vicio de consentimiento del Estado en obligarse por el tratado, concerniente a la competencia para celebrarlo, sea manifiesto[92] y afecte a una norma de importancia fundamental de su Derecho Interno (artículo 27 en conjunción con el artículo 46, ibídem), caso este último en el cual —de acuerdo con De la Guardia— el tratado sería nulo de nulidad relativa por el vicio formal de defecto de competencia.[93]

Como verifica Carrillo Salcedo, la buena fe —uno de los principios fundamentales de todo sistema jurídico— procura corregir el inevitable subjetivismo de los Estados soberanos en la aplicación de las normas jurídicas internacionales, es decir, que se configura como límite al ejercicio de competencias discrecionales de aquéllos.[94] Y tal principio no viene sólo impuesto por la mencionada Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados (artículos 26 y 31, inciso 1°), sino también, verbigracia, por las Cartas de la Organización de las Naciones Unidas —ONU— (artículo 2, inciso 2°) y de la Organización de los Estados Americanos —OEA— (artículo 3, inciso *c*).

Cabe evocar que el artículo 38 del Estatuto del Tribunal Permanente de Justicia Internacional —TPJI— (de 13 de diciembre de 1920), correspondiente al esquema de la Sociedad de las Naciones —antecesora de la ONU—, establecía que dicho Tribunal aplicaba —*inter alia*— "los principios generales del Derecho reconocidos por las naciones civilizadas" (inciso 3°). Al respecto, se ha puntualizado que dichos principios —según la aseveración de lord Phillimore durante los trabajos preparatorios del Comité de Juristas que redactó el Estatuto— son los "aceptados por todas las nacio-

---

[92] Según el artículo 46.2 de la Convención, una violación es "manifiesta" si resulta objetivamente evidente para cualquier Estado que proceda en la materia conforme a la práctica usual y de buena fe.

[93] De la Guardia, op. cit., pp. 272 y 271.

[94] Juan Antonio Carrillo Salcedo, *Curso de Derecho Internacional Público. Introducción a su estructura, dinámica y funciones*, 2ª reimpr., Tecnos, Madrid, 1994, pp. 142-143.

nes *in foro domestico*, tales como ciertos principios de procedimiento, el principio de la buena fe y el principio de *res iudicata*, etc.”.[95]

Por su parte, el artículo 38 del Estatuto de la actual Corte Internacional de Justicia (que reemplazó al TPJI), órgano principal de la ONU, ha mantenido —en el particular— la redacción y, por tanto, el sentido, del artículo 38 del Estatuto sustituido.

Consiguientemente, todos los Estados que integran la comunidad internacional deben cumplir con las aludidas pautas y con las normas de derecho convencional y consuetudinario que se establezcan sobre la base de aquéllas, pues —como *mutatis mutandi* sostuvo la mencionada Corte Internacional de Justicia— los principios reconocidos por las naciones civilizadas son “obligatorios para todos los Estados *incluso fuera de todo vínculo convencional*”[96] (énfasis añadido). Hemos subrayado *ex professo* la aseveración relativa a que la impronta de obligatoriedad vincula a todos los Estados “incluso fuera de todo vínculo convencional” para indicar que el Estado de que se trate se encuentra obligado a cumplir y respetar aquellos principios aunque no haya firmado o, habiéndola signado, no haya ratificado[97] la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, de 23 de mayo de 1969, que entró en vigor el 27 de enero de 1980.

5. *Una propuesta de* lege ferenda

No deseábamos concluir estas líneas sin dejar esbozada una proposición de *lege ferenda*, para los supuestos de los ordenamientos en que se patenticen carencias o vacíos normativos referentes al modo de recepción de los instrumentos internacionales en el Derecho Interno y a la posición que ocupan en el plano de las fuentes normativas jurídicas domésticas.

Cabría aprovechar los vientos de reforma constitucional que soplan, por ejemplo, en Bolivia, Chile y Perú —y siempre que concurra la indispensable voluntad política al efecto— para configurar reglas claras que zanjen la cuestión anticipada en

---

[95] *Permanent Court of International Justice. Advisory Committee of Jurists. Procès verbaux of the proceedings of the Committee*, La Haya, 1920; citado por José A. Pastor Ridruejo, *Curso de Derecho Internacional Público y organizaciones internacionales*, 6ª ed., Tecnos, Madrid, 1996, pp. 56-57.

[96] Paráfrasis de una afirmación que la Corte vertiera al evacuar la opinión consultiva de 28 de mayo de 1951: “Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide”, loc. cit., nota 62, *in fine* (*Reports of Judgements*…); véase, en concreto, *Recueil*, 1951, pp. 23-24.

[97] Como sería el caso de Bolivia, que —según la información a nuestro alcance— la firmó, mas aún no la ha ratificado. Al suscribirla, el 23 de mayo de 1969, el Gobierno boliviano declaró:

> “1. La imperfección del Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados retarda la realización de las aspiraciones de la humanidad.
>
> ”2. No obstante, las normas que consagra el Convenio marcan importantes progresos fundados sobre los principios de justicia internacional que Bolivia ha defendido tradicionalmente”.

El texto de la declaración ha sido extraído de *Tratados y documentos internacionales*, 12ª ed., Zavalía, Buenos Aires, 2001, p. 561.

el párrafo anterior y que, en forma inequívoca, acuerden prioridad a los tratados y convenios internacionales (no sólo sobre derechos humanos) respecto de, al menos, la legislación interna aun posterior. Por lo demás, sería igualmente conveniente que se estableciera que el control de constitucionalidad de los tratados y convenios internacionales por el Tribunal sólo fuera operable preventiva y obligatoriamente, es decir, antes de su ratificación o aprobación, proscribiendo el ejercicio del control represivo o posterior de los instrumentos internacionales que se encuentren en vigor. La hipótesis por la que nos expedimos posibilitaría el acomodamiento, sin disturbios institucionales, del instrumento internacional dentro del esquema normativo de fuentes internas, permitiría prevenir o salvar las posibles contradicciones preceptivas endógenas en pro del reaseguro de la supremacía constitucional, sin olvidar que aportaría en favor de la consolidación de la seguridad jurídica intramuros y del fortalecimiento de la imagen internacional del Estado en cuestión.

De resultas de tal contralor *a priori*, y como lógica consecuencia de lo manifestado, si el instrumento internacional examinado contradijera la Constitución, se abriría un abanico de supuestos viables: quedaría marginado y no sería integrado al Derecho Interno; se aprobaría o ratificaría con reservas; o, tal vez, podría preverse normativamente alguna hipótesis que permitiera una salida institucional, por virtud de la cual aquél pudiera integrarse al plexo jurídico interno, mas siguiendo el procedimiento establecido por la Ley Fundamental para su reforma.

Particularmente con relación al ámbito de los derechos humanos, cabría debatir acerca de la posibilidad de adjudicar a ciertas declaraciones, convenciones y pactos internacionales en la materia una *valencia constitucional*, esto es que, sin quedar incorporados al texto de la Constitución formal, *valgan* tanto como ésta e integren el bloque de constitucionalidad. En otras palabras, procurar la consolidación del vigor jurídico de los tratados internacionales de derechos humanos en el Derecho Interno y asegurar su aplicación obligatoria por los órganos judiciales vernáculos.

Repasando el Derecho Comparado, algunas de las fórmulas que se han empleado sobre el punto son las siguientes:

a. La Constitución guatemalteca (1985), aunque con los matices y dualidades interpretativas ya referenciados, dispone que los tratados y convenciones en materia de derechos humanos, aceptados y ratificados por Guatemala, *tienen preeminencia sobre el Derecho Interno* (artículo 46).
b. La de Colombia (1991) prevé que "los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, *prevalecen en el orden interno*" (artículo 93), sin perjuicio de alguna interpretación restrictiva al respecto por parte de la Corte Constitucional.[98]

[98] En efecto, en la referida Sentencia nº C-400/98 señaló que dicho artículo 93 tiene como alcance específico el conferir una prevalencia en el orden interno a ciertos tratados de derechos humanos, preva-

c. La de la República Argentina, a través de su última reforma constitucional (operada en 1994), ha adjudicado a los tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede una *jerarquía superior* a la de las leyes nacionales —véase artículo constitucional 75, incisos 22 y 24—, al tiempo que ha acordado *jerarquía constitucional*[99] a once instrumentos internacionales sobre derechos humanos[100] (enumerados en el citado artículo 75, inciso 22, párrafo 2°) y a los que en el futuro recepten tal valía.[101]
d. Por último, la Ley Fundamental venezolana (1999) determina que "los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por Venezuela, *tienen jerarquía constitucional y prevalecen en el orden interno*, en la medida en que contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorables a las establecidas por esta Constitución y la ley de la Repú-

---

lencia que, *a contrario sensu*, no se predica de todos los tratados; añadiendo que la misma Corte Constitucional ha sido clara en exponer que, en el orden interno colombiano, ni siquiera los tratados de derechos humanos previstos por el artículo 93 de la Carta tienen jerarquía supraconstitucional por cuanto la Constitución es norma de normas (artículo 4 de la Constitución) —Fundamento Jurídico nº 40 de la mayoría.

Por su parte, tal Corporación (en otro pronunciamiento) ha expresado que "el único sentido razonable que se puede conferir a la noción de prevalencia de los tratados de derechos humanos y de derecho internacional humanitario (CP, artículos 93 y 214, numeral 2º) es que éstos forman con el resto del texto constitucional un 'bloque de constitucionalidad', cuyo respeto se impone a la ley. En efecto, de esa manera se armoniza plenamente el principio de supremacía de la Constitución, como norma de normas (C.P., artículo 4), con la prevalencia de los tratados ratificados por Colombia, que reconocen los derechos humanos y prohíben su limitación en los estados de excepción (C.P., artículo 93)" (sentencia nº C-225/95, M. P. Alejandro Martínez Caballero, Fundamento Jurídico nº 12).

En sentido concordante, la Corte ha precisado que no todos los tratados internacionales forman parte del bloque de constitucionalidad (sentencia nº C-358/97, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz, Fundamento Jurídico nº 15.6).

[99] Aclara la norma que tal dotación jerárquica es en las condiciones de vigencia de los instrumentos internacionales, además de consignar que éstos no derogan artículo alguno de la primera parte de la Constitución y que deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos.

[100] Los instrumentos allí enumerados son: la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; y la Convención sobre los Derechos del Niño.

[101] A la lista expedida por el aludido artículo 75, inciso 22, de la Constitución argentina se ha adicionado la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, consagrada por la 24ª Asamblea General de la OEA, celebrada el 9 de junio de 1994 en Belem do Pará, Brasil. Tal Convención fue aprobada por la ley nacional nº 24.556 (B.O. de 18 de octubre de 1995), dispensándosele jerarquía constitucional por conducto de la ley nacional nº 24.820 (B.O. de 29 de mayo de 1997).

blica, y son de aplicación inmediata y directa por los tribunales y demás órganos del Poder Público" (artículo 23) —en todos los casos, el destacado ha sido añadido—.

La modificación en tal sentido supondría inocular —inequívocamente— al texto y al espíritu constitucionales el principio *pro homine* o *favor libertatis*[102] (véase *supra* II.5.A.e, parte final, sobre Guatemala).

Según Pinto, aquel postulado constituye un criterio hermenéutico informador del Derecho de los Derechos Humanos, en cuyo mérito se debe acudir a la norma más amplia o a la interpretación más extensiva cuando se trata de reconocer derechos protegidos e, inversamente, a la norma o a la interpretación más restringidas cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o de suspenderlos en forma extraordinaria.[103]

Dicha pauta axiológica ha sido entronizada en la doctrina interpretativa que, en el plano del sistema interamericano de protección de los derechos humanos, desarrolla la Corte Interamericana, órgano que ha indicado que si a una misma situación son aplicables la CADH y otro tratado internacional, debe prevalecer la norma más favorable a la persona humana.[104] Más recientemente, y en profundización de la aludida visión, ha sostenido —*mutatis mutandi*— que las garantías mínimas establecidas en un precepto de un pacto internacional (en el caso, el de Derechos Civiles y Políticos) son susceptibles de expansión a la luz de otros instrumentos internacionales (en el particular, la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares), que amplían el horizonte de protección de los justiciables.[105]

---

[102] En el ámbito argentino, tal pauta ha sido inoculada al texto y al espíritu de la Constitución por conducto de la reforma de 1994. Sobre el particular pueden verse, por ejemplo, los siguientes trabajos de Víctor Bazán, "El hábeas data y el ejercicio del derecho de autodeterminación informativa dirigido a acceder a archivos, registros o bancos de datos estatales de seguridad y a requerir información sobre personas desaparecidas", *Revista Argentina de Derechos Humanos*, año 1, nº 0, CELS-Universidad de Lanús, Ad Hoc, Buenos Aires, 2001, pp. 175-205; "La operatividad de los derechos y las garantías no obstante las omisiones o insuficiencias reglamentarias inconstitucionales", en VV.AA.: *Instituciones de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*, La Ley, Buenos Aires, 2001, pp. 97-128; "¿Es actualmente sustentable la negativa a conceder a la madre legitimación activa para plantear la acción de impugnación de la paternidad del marido?", *Revista de Derecho Procesal*, nº 1 ("Derecho Procesal de Familia - I"), 2002, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, pp. 181-220, en especial pp. 200-201.

[103] Mónica Pinto, "El principio *pro homine*. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos", en Martín Abregú y Christian Courtis (comps.), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, CELS-Editores del Puerto, Buenos Aires, 1997, p. 163.

[104] O.C. 5/85, del 13 de noviembre de 1985, que le fuera requerida por Costa Rica el 8 de julio del mismo año: "La colegiación obligatoria de periodistas —artículos 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos—", Serie A: Fallos y Opiniones, nº 5, Secretaría de la Corte, San José (Costa Rica), § 52, p. 31.

[105] O.C. 16/99, del 1 de octubre de 1999, solicitada por México el 9 de diciembre de 1997: "El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal", ap. XIII Opinión, § 141, pto. 6, p. 90.

Para finalizar este señalamiento, cabe recordar ejemplificativamente que algunas irradiaciones del ya mencionado artículo 29 de la CADH quedan plasmadas en ciertos patrones hermenéuticos por conducto de los cuales ninguna disposición de la Convención puede ser interpretada en el sentido de limitar el goce y el ejercicio de cualquier derecho o libertad que puedan estar reconocidos de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados parte o de conformidad con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados (inciso *b*); o no puede serlo para excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno (inciso *c*).

IV. Esquema de conclusiones y propuestas

Para clausurar el presente trabajo, y como síntesis conclusiva, ponemos a consideración del lector las siguientes apreciaciones:

1. La exploración del paisaje normativo del Derecho Comparado de los países analizados (Bolivia, Colombia, Chile, Ecuador, Guatemala, Perú y Venezuela) en torno del contralor de constitucionalidad de los tratados y convenios internacionales, se vincula con una problemática de más vasto calibre: la manera como cada Estado resuelve, ya desde el texto constitucional, ya desde la vertiente jurisprudencial, la conexión instrumentos y costumbre internacionales-derecho interno; esto es, tanto el modo de recepción de aquéllos cuanto la ubicación que se les acuerda entre las fuentes del ordenamiento jurídico interno.
2. La carencia de normas específicas atinentes a tales cuestiones (verificable en el texto de algunas de las Leyes Fundamentales de los Estados *sub examine* —por caso, Bolivia y Chile—) conduce a que la labor jurisprudencial de los respectivos Tribunales o Cortes Constitucionales (o la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en el caso de Venezuela) recepte una innegable plusvalía como idóneo vehículo hermenéutico para desentrañar la posición que los señalados instrumentos y normas internacionales adquieren *vis-à-vis* el Derecho doméstico.
3. El examen de las preceptivas constitucionales abordadas arroja que la casi totalidad de ellas, bien que con matices, diagrama un *control de constitucionalidad previo o preventivo del tratado internacional*: *obligatorio*, verbigracia, en Colombia o Ecuador; o *facultativo*, a instancia de la autoridad legitimada, por ejemplo, en Bolivia o Chile.

De ese contexto normativo, que —con algunas aristas diferenciadas— presenta lineamientos comunes, escapa el cuadro de previsiones constitucionales peruano, que diagrama un esquema *sui generis*, pues si bien puede percibirse que el control de constitucionalidad a cargo del Tribunal Constitucional con relación a las normas con rango de ley —entre las que cabe subsumir a los tratados internacionales— es *repre-*

sivo y las sentencias emitidas en uso de tales atribuciones producen efectos *erga omnes* y *ex nunc*,[106] cabe apreciar que, paralelamente a dicho mecanismo, coexiste otro, ya *previo*, operable respecto de los tratados que no versen sobre las materias descriptas en el artículo 56 de la Constitución y que afecten disposiciones de ésta, los que, *con anterioridad a su ratificación por el Presidente de la República* (artículo 57, párrafo 2°, ibídem), deben ser aprobados por el mismo procedimiento que rige la reforma de la Constitución.

4. El sometimiento a control constitucional a los tratados y convenios internacionales *ratificados y en vigor*, que genera una hipótesis fiscalizadora *posterior* o *represiva* aun cuando se intente morigerar la cuestión afirmando que el objeto del control se centra en la ley aprobatoria del tratado, no se compadece con el exigible requerimiento de seguridad jurídica, sume al instrumento internacional así examinado en una situación de inestabilidad jurídica y somete al Estado a la posibilidad de incurrir en responsabilidad internacional por la vulneración de sólidos principios generales del derecho de las naciones civilizadas, tales como el de *pacta sunt servanda*, cumplimiento de buena fe e imposibilidad de alegar normas de Derecho Interno (categoría en la que —a nuestro criterio— las sentencias judiciales quedan subsumidas) para exonerarse del cumplimiento de las normas de un tratado, acuerdo o convenio internacionales, pautas estipuladas expresamente en la Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados y que la nutren axiológicamente.

Tanto el artículo 38 del Estatuto del Tribunal Permanente de Justicia Internacional (TPJI) cuanto el mismo número de artículo correspondiente al Estatuto de la actual Corte Internacional de Justicia (que reemplazó al TPJI) han establecido la aplicación —*inter alia*— de "los principios generales del Derecho reconocidos por las naciones civilizadas", que —en definitiva— son los aceptados por las naciones *in foro domestico*. En consecuencia, todos los Estados que integran la comunidad internacional deben cumplir con tales pautas y con las normas de Derecho convencional y consuetudinario que se establezcan sobre la base de aquéllas, pues los principios reconocidos por las naciones civilizadas son "obligatorios para todos los Estados *incluso fuera de todo vínculo convencional*"[107] (remarcado añadido), razón por la cual la circunstancia de que un Estado no haya ratificado la aludida Convención de Viena (por caso, Bolivia), no lo habilita jurídicamente a eximirse del deber de observancia, dado que se está ante la presencia de normas internacionales de *ius cogens*, es decir, de práctica generalizada y obligatoria.

---

[106] Landa Arroyo, op. cit.

[107] Véase referencia en nota 96.

5. Nos expedimos en favor del control preventivo o *a priori* de constitucionalidad de los tratados y convenios internacionales. Inclusive, y para evitar potenciales *inconvenientes* en el despliegue vivencial de éstos, pensamos que sería conveniente pautar que dicha fiscalización fuese obligatoria, en orden a prevenir contradicciones o disturbios normativos *ad intra* e intensificar, así, la búsqueda de la preservación de la supremacía constitucional;[108] coadyuvar al mantenimiento de la coherencia y la lógica del sistema interno de fuentes normativas, y evitar la vinculación jurídica del Estado correspondiente en el ámbito internacional sin proceder, previamente, a las adecuaciones normativas pertinentes[109] o, en su caso, a desistir de la aprobación del tratado o a concretarla con reservas.

Pareciera que los modelos diseñados constitucionalmente por Ecuador y Venezuela responden a tales parámetros de examen preventivo (con exclusión del posterior), conclusión que se sustenta no sólo en la literalidad constitucional sino también en aportaciones consonantes expedidas por calificada doctrina de dichos países.[110]

6. Vinculado con lo anterior, pensamos que debería quedar normativa y expresamente institucionalizado que el control represivo de constitucionalidad, verbigracia, a través del recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad (Chile), de la acción o proceso de inconstitucionalidad (Perú), del recurso indirecto o incidental de inconstitucionalidad (Bolivia), etc., no sea suscepti-

---

[108] Conviene observar, *mutatis mutandi* e ilustrativamente, la mecánica de contralor previo diseñada normativamente por el artículo 95.2 de la Constitución española, que —a su vez— la toma del modelo francés, concretamente, del artículo 54 de la Constitución francesa de la Quinta República (cf. Francisco Fernández Segado, *El sistema constitucional español*, Dykinson, Madrid, 1992, p. 1130).

En particular respecto del ordenamiento español, y a partir de la vinculación de los artículos 95.2 de la Constitución y 78 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTC), el Gobierno o cualquiera de las Cámaras puede requerir al Tribunal Constitucional que se pronuncie sobre la existencia o inexistencia de contradicción entre la Constitución y las estipulaciones de un tratado internacional cuyo texto estuviera fijado pero al que no se hubiera prestado aún el consentimiento del Estado. Cabe poner de manifiesto que en la declaración de 1 de julio de 1992 (en la que —entre otras cuestiones— analizó la conexión entre los artículos 95.2 de la Constitución y 78 de la LOTC, en el marco del contralor preventivo, y definió como "evidente" la perturbación que, para la política exterior y las relaciones internacionales del Estado implicaría la eventual declaración de inconstitucionalidad de una norma pactada —ya en los términos de los artículos 27.2, 31, 32.1 y 35 de la LOTC y del artículo constitucional 96.1—, en el contexto de una suerte de control posterior de la supremacía constitucional —véase F.J. 1°—), el propio Tribunal se encargó de aclarar que en el requerimiento que al efecto se le formulaba actuaba como órgano jurisdiccional y que dicho requerimiento no generaba una mera opinión fundada en Derecho sino una decisión vinculante, es decir, una resolución que poseía los efectos materiales de la cosa juzgada (véase el texto de la declaración en Juan José González Rivas, *Estudio legal y jurisprudencial del Tribunal Constitucional español: 1981-2000*, Civitas, Madrid, 2001, pp. 91-94).

[109] Cf. Roa Ortiz, op. cit., nota 6, pp. 206-207.

[110] Como quedara expuesto *supra*, así se expiden, respectivamente, Salgado Pesantes (ver referencia en nota 53) y Brewer-Carías (véase nota 76 y el reenvío referencial a nota 71).

ble de aplicarse a los tratados internacionales en vigor, dado que éstos ostentan una naturaleza distinta de la de los preceptos legales; en otras palabras, no son leyes. Es que —*inter alia*— aquéllos no resultan expresión unilateral de los órganos legisferantes internos —como estas últimas—, sino manifestación de la voluntad bilateral o multilateral de diversos Estados. Por lo demás, el análisis previo de su constitucionalidad por el Tribunal Constitucional correspondiente y, en su caso, la declaración de *conformidad* de ellos con la Constitución obturaría la posibilidad de que se intentara posteriormente atacar la respectiva ley aprobatoria, dado que aquella apreciación conforme y la entrada en vigor de los tratados los tornarían *intangibles*.

La praxis judicial de los esquemas analizados pone en evidencia la existencia de algunos precedentes (a nuestro juicio, discutibles) en los que, a través de la interpretación del órgano pertinente de justicia constitucional, se han habilitado ciertas alternativas para adelantar el ejercicio del control posterior del tratado o convenio internacionales, alegando —en el caso del TC de Bolivia— la convergencia de un recurso indirecto o incidental de inconstitucionalidad (véase la sentencia constitucional nº 036/01) o reivindicando, en el de la Corte Constitucional colombiana, su competencia para conocer de las demandas ciudadanas contra leyes aprobatorias de tratados, aun cuando éstos estén perfeccionados (véase la sentencia nº C-400 de 1998).

Al respecto, y en función de la fuerza que exhala el mensaje de Eguiguren Praeli (con el que no podemos sino coincidir), pasamos a rememorar sus palabras (ya citadas en otro sector de este trabajo), en las que —aun cuando refiriéndose al control *a posteriori* del Tribunal Constitucional peruano— no ahorra críticas a tal mecanismo represivo de fiscalización, precisando que éste "resulta paradójico y contraproducente, por los efectos para las relaciones internacionales que acarrearía una eventual declaratoria de inconstitucionalidad de un tratado ya aprobado y ratificado por el Estado".[111]

Como contrapartida (y refuerzo de nuestro argumento), Brewer-Carías ha señalando —tal como ha quedado expuesto precedentemente— que un mecanismo de control constitucional previo es muy importante en procesos de integración económica regional, pues llevaría a la ratificación de los tratados respectivos sólo después de la verificación de su constitucionalidad por el Tribunal Supremo y evitar, así, la impugnación posterior de la ley aprobatoria de los tratados.[112]

7. A modo de propuesta de *lege ferenda*, estimamos que debería debatirse la posibilidad de que, en futuras modificaciones de los textos constitucionales examinados y aprovechando algunos actuales vientos reformistas, se inserten —en los supuestos en que se patenticen vacíos normativos importantes al

---

[111] Eguiguren Praeli, op. cit. (*Estudios constitucionales*).

[112] Véase la correspondiente cita efectuada en la nota 77 y su reenvío referencial a la nota 71.

respecto— cláusulas que resuelvan de modo claro e inequívoco la recepción de las normas internacionales convencionales y consuetudinarias y el rango de éstas, es decir, su jerarquía entre las fuentes del ordenamiento jurídico interno.

En tal sentido, como principio general, debería acordarse prioridad a los tratados y convenios internacionales generales respecto de la legislación interna aun posterior y, en particular sobre los tratados referentes a derechos humanos, plasmar expresamente la adjudicación de jerarquía constitucional a los mismos.

Como recurrentemente se puso de manifiesto, también sería prudente la institucionalización del control de constitucionalidad *previo* y *obligatorio* de los tratados o convenios internacionales, proscribiéndose el ejercicio del control represivo o posterior a su respecto, una vez que ellos adquieran vigencia, lo que aportaría en favor de la seguridad jurídica, dejaría a buen resguardo a la supremacía constitucional, prevendría posibles contradicciones normativas endógenas, sin olvidar —claro está— que evitaría la evidente perturbación que, para la política exterior y las relaciones internacionales del Estado, podría implicar la eventual declaración de inconstitucionalidad de una norma pactada.

De resultas de ese contralor *a priori*, si el instrumento internacional examinado contradijera la Constitución, se abriría una gama de supuestos probables: quedaría marginado y no sería integrado al derecho interno; se aprobaría o ratificaría con reservas; o, tal vez, podría preverse normativamente alguna alternativa que permitiera una salida institucional, por virtud de la cual aquél pudiera integrarse al plexo jurídico interno, mas siguiendo el procedimiento establecido por la Ley Fundamental para su reforma.

Retomando la referencia especial al ámbito de los derechos humanos, sería útil discurrir acerca de la conveniencia de atribuir valencia o jerarquía constitucionales a ciertas declaraciones, convenciones y pactos internacionales en la materia (bajo la denominación terminológica unificadora que se escoja), inoculando al texto y al espíritu constitucionales la trascendente pauta axiológica *pro homine* o *favor libertatis*; ello, al modo como actualmente lo postula el texto proyectado de reforma constitucional en Perú.

Sucede que, como acertadamente afirma Bidart Campos, desde el Derecho Internacional de los Derechos Humanos se *coadyuva* a tonificar la fuerza normativa de la Constitución con y por obra de una fuente heterónoma que auspicia, con carácter mínimo y subsidiario, conferir *completitud* al sistema interno de derechos y poner en movimiento una *retroalimentación* constante entre él y el Derecho Internacional;[113] añadiendo que un Derecho Internacional imbuido de *personalismo humanista* ostenta finalidad equivalente a la del constitucionalismo democrático, tanto en lo atinente al sistema de derechos cuanto en lo vinculado a la organización del poder estatal[114] (énfasis del original).

---

[113] Germán J. Bidart Campos, *El Derecho de la Constitución y su fuerza normativa*, Ediar, Buenos Aires, 1995, p. 468.

[114] Ibídem, p. 469.

Esperemos que la adjudicación de jerarquía constitucional a los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos se convierta en *un clásico del futuro*, es decir, que se internalice definitivamente la importancia axiológica que ellos revisten y la creciente trascendencia que adquiere la intersección del Derecho Constitucional y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos plasmable en la pacífica articulación de la dualidad de tales fuentes (interna e internacional) mediante su retroalimentación y complementariedad en aras del fortalecimiento (real y no sólo declamado) del sistema de derechos.[115]

8. De no concretarse las reformas constitucionales en el sentido y con el calibre apuntados, y como hipótesis de mínima, deberán canalizarse los esfuerzos para consolidar la convicción perceptiva en punto a que los instrumentos internacionales sobre derechos humanos (y, también, las costumbres internacionales consolidadas y los principios generales del Derecho de las naciones civilizadas) *deben* ser empleados como guía referencial ineludible en la trascendente tarea de interpretación y aplicación de los preceptos de la Ley Fundamental por la jurisdicción constitucional y, también, como parámetros de control de la normativa infraconstitucional, es decir, fiscalizando la adecuación a ellos de las leyes y normas infralegales.
9. La propuesta de revisión constitucional que formulamos, obviamente preliminar y adaptada a las diferentes necesidades y carencias normativas y a las respectivas particularidades idiosincrásicas de los diversos Estados explorados, supone la convergencia de voluntad política y verdadero consenso para encarar una modificación de tal magnitud, pues sin el cabal concurso de dichas pautas, todo cambio que se implemente, disparado exclusivamente desde el plano normológico y sin acompañamiento en las dimensiones sociológica y dikelógica o axiológica, únicamente servirá para cosechar frustraciones y generar un espejismo de vertiente gatopardista: *cambiar todo para que todo continúe igual*.

Es que nada se soluciona *sólo* con normas, pues éstas no poseen virtudes taumatúrgicas. En ese sentido, y como con claridad afirma Ciuro Caldani, dado que la coherencia lógica es más sencilla que el orden en la realidad social, la armonía de las normas es más fácil que la de los hechos; por tanto, la referencia exclusiva a las normas suele originar la *ilusión* de una armonía que fácticamente no existe.[116]

---

[115] En cuanto a este último aspecto, véase —*mutatis mutandi*— Germán J. Bidart Campos, *El derecho constitucional humanitario*, Ediar, Buenos Aires, 1996, p. 140.

[116] Miguel Á. Ciuro Caldani, *El Derecho Universal* (*Perspectiva para la ciencia jurídica de una nueva era*), Fundación para las Investigaciones Jurídicas, Rosario, 2001, p. 81.

Dino Carlos Caro Coria (Perú) *

¿Superación del pasado a través del Derecho Penal? Sobre el proceso de reforma penal y constitucional en el Perú

I

1. "La reforma del Derecho Penal es tan antigua como el Derecho Penal mismo". Con estas expresiones anunciaba Jescheck el gran movimiento internacional de reforma que, desde la segunda mitad del siglo pasado y sin parangón en la historia, tiene lugar en orden a la renovación de los sistemas penales,[1] proceso que seguramente acompañará al desarrollo del *ius puniendi* durante muchos años más.[2] En ese contexto se aprobó el vigente Código Penal (CP) peruano de 1991, no como iniciativa del Congreso de la República o fruto del consenso de los diversos sectores de la sociedad, sino como decisión política del Poder Ejecutivo, a través del decreto legislativo nº 635, en ejercicio de facultades delegadas. Es decir, como producto de la renuncia del Poder Legislativo a regular los límites penales de la libertad constitucionalmente garantizada, práctica que ha imperado durante los últimos once años y que ha diezmado sensiblemente la reserva de ley derivada del principio de legalidad[3] y por esa vía la libertad.

---

* Doctor en Derecho por la Universidad de Salamanca (España). Profesor de Derecho Penal y Coordinador de la Maestría de Derecho Penal de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

[1] Jescheck, "Rasgos fundamentales del movimiento internacional de reforma del Derecho Penal", en *La reforma del Derecho Penal*, Barcelona, 1980, p. 9.

[2] Roxin (*Dogmática penal y política criminal*, Lima, 1998, pp. 440-446) augura que, pese a todo, "el Derecho Penal todavía existirá dentro de cien años".

[3] Urquizo Olaechea, *El principio de legalidad*, Lima, 2000, pp. 32-33.

No es casualidad que las normas penales con mayores signos de arbitrariedad entre 1990 y 2000 se hayan dictado bajo el ropaje de decretos leyes o decretos legislativos, muchos contrarios al texto expreso y claro de la Constitución y los principales instrumentos de derechos humanos que vinculan al Estado peruano.[4] Ello debe conducirnos a una revisión de la legislación penal vigente, así como a evaluar la necesidad de establecer constitucionalmente que la regulación penal compete exclusivamente al Congreso de la República o, más aún, como en el modelo de la Constitución española de 1978, que debe adoptarse mediante un quórum parlamentario calificado.[5] *De lege ferenda* ya se plantea esta alternativa; el artículo 2 § 1 *in fine* del anteproyecto de Ley de Reforma de la Constitución de 5 de abril de 2002 establece que la materia penal deberá regularse mediante ley orgánica, aprobada por más de la mitad del número legal de miembros de la cámara. De modo similar aunque menos explícito, el artículo 51 § 1 del Proyecto de Constitución de julio de 2002, que actualmente se debate en el Parlamento, establece: "Sólo por ley orgánica, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de los derechos fundamentales".[6]

2. Aún se impone una reforma urgente y parcial frente a esta legislación que de modo alguno puede estimarse en el estado actual como "Carta Magna del delincuen-

---

[4] Ministerio de Justicia, *Restituyendo el Estado de Derecho*, informe final de la Comisión de Estudio y Revisión de la legislación emitida desde el 5 de abril de 1992, Lima, 2001, pp. 33-46, 114-118.

[5] PNUD-Ministerio de Justicia del Perú. "De la exclusión a la confianza mediante el acceso a la justicia", informe de la misión Fortalecimiento Institucional de la Justicia en el Perú, inédito, abril 2001, caps. III y IV. Dicha misión recomienda, como primera propuesta en materia de "acceso a la Justicia Penal" una "no injerencia en las decisiones parlamentarias relativas a derechos fundamentales". Se considera que "en la última década la dirección de la política criminal en el Perú ha estado en manos del Poder Ejecutivo, que ha gozado de amplias facilidades para influenciar en el proceso formulador de normas en materia penal —en claro detrimento del Parlamento. La legislación penal especial, que desafortunadamente ha distorsionado todo el sistema penal, es el ejemplo más claro de la tendencia", y se concluye: "Esta circunstancia contribuye a la formación de una cultura autoritaria entre los ciudadanos e impide un consenso de las fuerzas políticas y sociales. Fomenta la arbitrariedad y la servidumbre de la legislación penal a los intereses políticos". Por ello se recomienda "incrementar la participación y el liderazgo del Parlamento en la elaboración de normas penales tornando en imprescindible que aquellas normas que afectan a derechos fundamentales de la persona, fueran de su exclusiva competencia".

[6] Con ello se adopta el modelo de la Constitución española de 1978, en la que la garantía de Ley Orgánica deriva de los artículos 53.1 ("Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo segundo del presente título vinculan a todos los poderes públicos […]") y 81.1 ("Son leyes orgánicas las relativas al desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas […]). Véase por todos Berdugo Gómez de la Torre y otros, *Lecciones de Derecho Penal*, Parte general, 2ª ed., Barcelona, 1999, p. 45.

te”[7] o ley del más débil.[8] La ley nº 27.421 de 7 de febrero de 2001 creó una nueva Comisión Revisora del Código Penal “a fin de elaborar un ‘Anteproyecto de Ley de Reforma del Código Penal’”. Esta decisión se incardinó en una coyuntura especialmente turbulenta para el Derecho Penal peruano. La transición política que se inició en noviembre de 2000, tras diez años de un gobierno seriamente distanciado de los fundamentos democráticos más elementales, ha despertado el deseo colectivo de recuperar la institucionalidad del Estado, inclusive a través de los medios que dispensa el control penal. Así se aprecia, a través del inédito procesamiento de “intocables” miembros de una red de corrupción y abusos durante el gobierno de 1990 al 2000, que incluyó a altos funcionarios de todos los poderes públicos, empresarios de importantes industrias y medios de comunicación, o personas vinculadas al tráfico de drogas, el lavado de dinero y el tráfico de armas, cuando no a la grave violación de los derechos humanos, principalmente mediante la tortura y la desaparición forzada.[9]

Muchos de estos últimos actos serán quizás desvelados por la Comisión de la Verdad, creada mediante el decreto supremo nº 065-2001-PCM de 4 de junio de 2001 a fin de “esclarecer el proceso, los hechos y responsabilidades de la violencia terrorista y de la violación de los derechos humanos producidos desde mayo de 1980 hasta noviembre de 2000, imputables tanto a las organizaciones terroristas como a los agentes del Estado”.[10]

3. Estas importantes iniciativas no deben orientarse sin embargo por el afán de “superar el pasado a través del Derecho Penal”, aunque no puede dejar de comprenderse, y sólo eso, el deseo colectivo de prevención general, cuando no de mera retribución, frente a los graves delitos cometidos durante el período de 1990 a 2000, los que recién desde fines de 2000 han venido investigándose en el Congreso de la República, el Ministerio Público y el Poder Judicial, no siempre de modo articulado y con resultados inicialmente satisfactorios pero actualmente inciertos.[11]

Pero ese sentimiento social contra la impunidad no deroga los fundamentos constitucionales del Derecho Penal; de allí por ejemplo que algunos defensores de los investigados, entre los que se encuentran importantes abogados como profesores universitarios, hayan calificado de inconstitucionales las normas que permiten, por ejem-

---

[7] Parafraseando a von Liszt. “Über dem Einfluss der soziologischen und anthropologischen Forschungen auf die Grundbegriff des Strafrechts”, en *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge*, t. II, Berlín, 1970 (1905), p. 80.

[8] Parafraseando a Ferrajoli, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, pp. 15 ss.

[9] Véase *Informe de la Procuraduría Ad-Hoc*, inédito, Lima, junio de 2002.

[10] J. E. Méndez, “El derecho a la verdad frente a las graves violaciones a los derechos humanos”, *Debate Defensorial* 3/2001, pp. 11 ss.; Defensoría del Pueblo, “Propuestas de la Defensoría del Pueblo para la instalación de una Comisión de la Verdad en el Perú”, ibídem, pp. 313 ss.

[11] Una valoración preliminar de estos esfuerzos se aprecia en el libro que recoge las ponencias de la I Conferencia Nacional Anticorrupción, Lima 2001, véanse especialmente pp. 237 ss.

plo, la detención preliminar, la incautación o el levantamiento del secreto bancario desde la etapa fiscal, sin necesidad de descargo previo ni proceso judicial en curso (ley nº 27.379 de 21 de diciembre de 2000),[12] conclusión quizás opinable en tanto la ley exige control judicial y se acate que la Constitución otorga al Ministerio Público la misión de investigar el delito y reunir la prueba antes de ejercer la acción penal.[13] La trascendencia de estas investigaciones para la sociedad civil peruana ha despertado incluso el interés de importantes juristas de la comunidad iberoamericana; por ejemplo, se ha prestado atención a los límites constitucionales de la actividad probatoria, sosteniéndose que los videos y/o documentos "obtenidos irregularmente" constituyen prueba prohibida a ser excluida del proceso penal por imperio de la Constitución, que protege la intimidad personal en el artículo 2.7.[14]

4. Si lo que se persigue es la superación del presente perturbado por el pasado, no debe perderse de vista que la actual alteración de los bienes afectados no puede ser eliminada mediante el Derecho Penal, especialmente si la pena no se concibe como una irracional secuencia de dos males:[15] el delito y la venganza de las víctimas. Una sanción vinculada a la prevención no se condice con un Derecho Penal de la coyuntura;[16] de allí que una reforma plena mediante un nuevo Código Penal tal vez debe esperar a establecer mediante el consenso los fundamentos de la actividad reformadora, de modo que se atienda no sólo a los problemas urgentes, como los derivados de la desordenada regulación de los delitos de funcionario público, la completa derogación de las llamadas normas sobre "seguridad nacional" o los vacíos del actual tratamiento de los delitos socioeconómicos.

Debe prestarse importancia también a problemas que suelen pasar desapercibidos, como el rol de la víctima en la realización del injusto, la relevancia de las reparaciones espontáneas y la tercera vía del Derecho Penal o la posible necesidad de regular con mayor exhaustividad las reglas de individualización judicial de la pena y las medidas de seguridad, aspectos técnicos, sin duda, pero con enormes consecuencias para la libertad constitucionalmente protegida.

---

[12] Críticamente, Reyna Alfaro, *Comentarios a la legislación anticorrupción*, Lima, 2002, pp. 58-62. Favorable a los excepcionales fundamentos de esta regulación, R. A. Peña Cabrera, *Comentarios a la legislación anti-corrupción*, Lima, 2002, pp. 22-23.

[13] San Martín Castro, "Las medidas limitativas de derechos en la investigación preliminar del delito", *Gaceta Jurídica*, 86/2001, pp. 9 ss.

[14] Ampliamente sobre este problema, San Martín Castro, Caro Coria y Reaño Peschiera, *Delitos de tráfico de influencias, enriquecimiento ilícito y asociación para delinquir*, Lima, 2002, pp. 86-100.

[15] Jakobs, "¿Superación del pasado mediante el Derecho Penal? Acerca de la capacidad de rendimiento del Derecho Penal tras una fractura del régimen político", *ADPCP 1994*, p. 138.

[16] Roxin, "Problemas actuales de la política criminal", en *Problemas fundamentales de política criminal y Derecho Penal*, México D.F., 2001, pp. 94-96.

Del mismo modo, la ratificación del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional [17] ha abierto el debate relativo a las medidas de implementación que deben adoptarse en el ordenamiento peruano.[18] Como he puesto de relieve en otra parte,[19] ello implica comprender los principales antecedentes y fundamentos dogmáticos de las reglas del Estatuto de Roma, tarea difícil porque la regulación supranacional evidencia la asunción de soluciones de compromiso entre el *common law* y los sistemas continentales,[20] "responde a un modelo de fusión de las diversas perspectivas jurídicas implicadas en el funcionamiento de la Corte",[21] con lo que nos ubica frente a instituciones jurídicas novedosas en nuestro ordenamiento. Pues bien, aunque no se cuenta en Perú con un proyecto de Código Penal Internacional como el que se viene discutiendo en Alemania (*VStGB-Entwurf*), el Ministerio de Justicia ha anunciado extraoficialmente el deseo de contar con un programa de implementación del Estatuto de Roma, lo que hasta donde alcanzo a ver deberá contemplar un análisis del ordenamiento penal y procesal penal, principalmente.

En efecto, desde el punto de vista penal material debe evaluarse, por ejemplo, la congruencia entre el elemento de intencionalidad, el error de hecho y de derecho de los artículos 30 y 32 del Estatuto de la Corte Penal Internacional (ECPI), con la delimitación del dolo y las formas de error de tipo y prohibición desde la perspectiva legal y jurisprudencial peruana. También debe estudiarse la posibilidad de asimilar las reglas de la responsabilidad individual y del mando de los artículos 25 y 28 del Estatuto, a las formas de autoría y participación y la regulación de la omisión de nuestro CP, entre otros aspectos relativos a la Parte general.

El análisis de la Parte especial evidencia, por ejemplo, que los crímenes de lesa humanidad, aunque pueden ser sancionados bajo otras figuras del CP y del Código de Justicia Militar (CJM), carecen de una previsión específica en el ordenamiento peruano, pudiendo reconocerse vacíos de punición. La regulación del genocidio, la tortura y la desaparición forzada requiere ser adaptada a los términos del ECPI; otros vacíos de punición se presentan en el *apartheid* o en torno a la cláusula abierta del artículo 7.1.k del ECPI, que prohíbe otros "actos inhumanos de carácter similar". Mayor desa-

---

[17] A través de la resolución legislativa nº 27.517 de 16 de setiembre de 2001. El proceso de ratificación del Estatuto contó con el dictamen favorable de las Comisiones de Justicia (abril de 2001) y de Relaciones Exteriores (mayo de 2001) del Congreso de la República. Véase Defensoría del Pueblo, *Corte Penal Internacional*, Lima 2000, pp. 38 ss.

[18] Véase la obra colectiva coordinada por E. Salmón, *La Corte Penal Internacional y las medidas para su implementación en el Perú*, Lima, 2001.

[19] Véase en adelante Caro Coria, "Prólogo", en Ambos, *El nuevo Derecho penal internacional*, Lima, 2002 (en prensa), nos 5-6.

[20] Ragués i Vallès, "El Tribunal Penal Internacional. La última gran institución del siglo XX (I)", *La Ley*, 5289/2000, p. 4.

[21] Laurenzo Copello, "Hacia la Corte Penal Internacional: los aspectos penales del Estatuto de Roma", *Jueces para la Democracia*, 38/2000, pp. 93-94.

rrollo requieren los crímenes de guerra, que sólo tienen importancia residual en el CP y en el CJM, mientras que el crimen de agresión cuenta apenas con una regulación limitada en el CP.[22] No menos relevantes son las necesidades de implementación en el terreno procesal penal; por ejemplo, para definir los alcances de la competencia complementaria (artículo 19 del ECPI)[23] o las reglas de cooperación del Estado peruano con la Corte Penal Internacional (CPI) (artículos 86 y ss.) en materia de detención del imputado (artículos 59 y 92 del ECPI), identificación y búsqueda de personas u objetos, práctica de pruebas, interrogatorio de personas, notificación de documentos, práctica de allanamientos y decomisos, entrega de registros y documentos, protección de víctimas y testigos (artículo 93.1 del ECPI), así como otras formas de cooperación.[24]

5. Una reforma parcial y urgente de la legislación penal es un paso necesario hacia la democratización del Derecho Penal vigente. Esta tarea tampoco es ajena a la definición de objetivos claros en el terreno político criminal, de modo que se superen las todavía visibles marchas y contramarchas del legislador, como se evidenció con la derogación, mediante la ley nº 27.472 de 5 de junio de 2001, de la cadena perpetua para los delitos de abuso sexual de menor del artículo 173 del Código Penal,[25] y la casi inmediata reinstauración de dicha pena por el propio Congreso a través de la ley nº 27.507 de 13 de julio de 2001, producto de las campañas de opinión pública "contra la impunidad de los violadores" enarbolada por sectores de la sociedad civil y determinados medios de comunicación.[26]

Tampoco parece casual que en junio de 2001 se publicara el "Anteproyecto de Ley que modifica la legislación penal en materia de tráfico ilícito de drogas y tipifica el delito de lavado de activos"[27] y durante cerca de un año no se hayan debatido sus alcances. Se proyectó una reducción de las sanciones en materia de tráfico de drogas y el traslado del lavado de dinero a una sección nueva dentro de los delitos contra la función jurisdiccional, bajo el nombre de "lavado de activos" y con sanciones que oscilan entre los cuatro y los quince años de privación de libertad, renunciándose a la cadena perpetua. A partir del arresto de Montesinos Torres el 23 de junio de 2001,

---

[22] Caro Coria, "La tipificación de los crímenes consagrados en el Estatuto de la Corte Penal Internacional", en *La Corte Penal Internacional y las medidas para su implementación en el Perú*, op. cit., pp. 141 ss.

[23] San Martín Castro, "Los principios de legalidad penal y de complementariedad en el Estatuto de la Corte Penal Internacional", ibídem, pp. 129 ss.

[24] Villavicencio Terreros, "Cooperación de los Estados con la Corte Penal Internacional", ibídem, pp. 218 ss.

[25] Sobre la inconstitucionalidad de dicha sanción, véase Caro Coria y San Martín Castro, *Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales*, Lima, 2000, pp. 122-123.

[26] Véase la exposición de motivos de los proyectos de ley nº 1895/2001 de 07-06-01, presentado por el congresista Manuel Masías Oyanguren, y nº 1900/2001 de 11-06-01, suscrito por el congresista Luis Bernardo Guerrero Figueroa, en www.teleley.com.

[27] Publicado como separata especial en el *Diario Oficial El Peruano*, 17 de junio de 2001.

quien aún se encuentra investigado, entre otros delitos, por lavado de dinero conforme a la regulación vigente, no se defendió la necesidad de aprobar esta norma que, como consecuencia de la retroactividad benigna, podría favorecer a dicho procesado ante una eventual condena. Sólo recientemente el Congreso de la República, casi sin debate parlamentario, ha aprobado la ley n° 27.765 de 27 de junio de 2002 contra el "lavado de activos", derivando la regulación de estas infracciones a la legislación complementaria.

6. Similares razones de coyuntura explican la repentina publicación el 1 de julio de 2001 de los Proyectos de Ley Orgánica de la Justicia Militar y de Código de Justicia Militar,[28] en las postrimerías del llamado "gobierno de transición". Como se sabe, en el Perú las relaciones entre la jurisdicción ordinaria y la militar son muy sensibles, especialmente desde la inconstitucional definición a favor de esta última de la contienda de competencia en el caso de la Cantuta.[29] La expansión de la jurisdicción militar para el juzgamiento de civiles, en casos de terrorismo, traición a la patria o terrorismo especial, no encontraba ya límites cuando se utilizó para controlar a ex miembros de las fuerzas armadas o civiles que prestaban algún servicio para tales fuerzas[30] o, lo más grave, para encubrir actos de miembros de éstas en agravio de bienes jurídicos no militares como la vida, la libertad o la integridad sicofísica, como sucedió precisamente en los hechos de la Cantuta y Barrios Altos, que, como se sabe y ha sido lugar común en las dictaduras latinoamericanas,[31] se pretendió dejar impunes mediante las leyes de amnistía nº 26.479 de 15 de junio de 1995 y nº 26.492 de 2 de julio de ese año. Estos preceptos son "carentes de efectos jurídicos" por ser incompatibles con la Convención Americana sobre Derechos Humanos; así lo declara la sentencia de 14 de marzo de 2001 de la Corte Interamericana de San José en el caso Barrios Altos (Chumbipuma Aguirre y otros c. Estado peruano), que ordenó al Estado peruano investigar los hechos y establecer quiénes son los responsables de esas graves violaciones de los derechos humanos.[32] Ello ha motivado el inicio de múltiples investigaciones judiciales, así como las actuaciones de la Comisión de la Verdad.[33]

---

[28] Publicado como separata especial en el *Diario Oficial El Peruano*, 1 de julio de 2001.

[29] Cubas Villanueva, *La Cantuta. Crónica de la investigación fiscal*, Lima, 1998, pp. 215 ss.

[30] Eto Cruz, Landa Arroyo y Palomino Manchego, "La jurisdicción militar en el Perú", en *Jurisdicción militar y Constitución en Iberoamérica*. Lima, 1997, pp. 379 ss.

[31] Ambos, *Impunidad y Derecho Penal internacional. Un estudio empírico dogmático sobre Colombia-Bolivia-Perú-Chile-Argentina*, Medellín, 1997, pássim.

[32] Defensoría del Pueblo, *Amnistía vs. Derechos Humanos*, Lima, 2001, pp.105 ss.

[33] Pero a contracorriente, cabe llamar la atención sobre la investigación penal contra un grupo de los oficiales militares que en abril de 1997 participaron en el llamado operativo Chavín de Huantar, que puso fin al secuestro de varias personas por más de cuatro meses en la residencia del embajador de Japón en Lima, a cargo del grupo armado Movimiento Revolucionario Tupac Amaru (MRTA). A partir de las investigaciones preliminares del Ministerio Público se afirma la presencia de indicios de ejecuciones extrajudiciales de aquellos terroristas que se habrían rendido tras el rescate; ello condujo al

Estos problemas subsisten en los citados proyectos. El de Ley Orgánica aún concibe el fuero militar como una extensión administrativa de las Fuerzas Armadas, sin incardinarlo dentro de la organización del Poder Judicial, y cifra el concepto de delito de función al margen de la necesidad de agravio a intereses estrictamente militares como plantea la doctrina,[34] lo que tiene correlato en la Parte especial del Código de Justicia Militar, plagado de tipos que afectan bienes jurídicos protegibles en el fuero ordinario o que sencillamente configuran meras infracciones administrativas. Por lo demás, la Parte general del proyecto de Código de Justicia se aleja de los postulados básicos relativos al "hecho punible" del Código Penal, estableciendo criterios de imputación tributarios de un Derecho Penal de autor o de la responsabilidad objetiva, mientras que la regulación procesal plantea la subsistencia del modelo inquisitivo en desmedro del acusatorio que debe regir en la jurisdicción penal en general, lo que incluye tanto la ordinaria como la militar, y por extensión la de menores.

La superación de estas deficiencias implica una profunda tarea que debe incardinarse dentro de un amplio proceso de democratización y reforma de las Fuerzas Armadas y Policiales,[35] el cual, ya con contramarchas, se encuentra aún en sus inicios. Es en todo caso significativo que el proyecto de Ley Orgánica del Poder Judicial, actualmente en debate,[36] establezca en el artículo 4 § 1, dentro de las "Disposiciones generales" que deben orientar la actuación del Poder Judicial, criterios de delimitación de la jurisdicción militar, es decir, para el juzgamiento de "delitos directamente vinculados con las funciones militares o policiales, y siempre y cuando afecten bienes jurídicos exclusivamente castrenses o el orden disciplinario de las Fuerzas Armadas o la Policía Nacional y no resulten agraviados civiles en situación de paz". Más ambi-

---

Fiscal a solicitar la detención preliminar de los investigados, orden que decretó el Poder Judicial, abriendo con ello un amplio debate sobre la legalidad de la propia investigación y de la medida de detención. Frente a ello, varios grupos parlamentarios han presentado entre el 15 y 16 de mayo de 2002 los proyectos de Ley de Amnistía n° 2.861, 2.865, 2.877 (este proyecto plantea la extensión de los alcances de la Ley de Amnistía nº 26.479 de 15 de junio de 1995, con lo que parte de ratificar la vigencia de la misma norma que fue declarada ineficaz por la Corte Interamericana de Derechos Humanos) y 2.895, para poner fin a una investigación seguida contra "héroes nacionales" (véase la sección "Proyectos y Legislación" en http://www.congreso.gob.pe). Ante ello, varias instituciones, como la Comisión de la Verdad y la Defensoría del Pueblo, vienen expresando su preocupación por esta atmósfera de posible injerencia política contra el debido juzgamiento de hechos graves que afectan los derechos humanos. Recientemente, sin embargo, a fines de agosto de 2002, la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema ha decidido que estos sucesos deberán ser juzgados en el Fuero Privativo Militar, desvinculándose con ello del mandato constitucional del artículo 173 *ab initio*, que restringe la jurisdicción castrense al conocimiento de delitos de función.

[34] San Martín Castro, *Derecho Procesal Penal*, vol. I, Lima, 1999, pp. 103-105.

[35] Caro Coria, "Interés público, Derecho Penal y poder de Policía", en Gonzáles (ed.), *Ensayos de interés público*, Lima, 2002, pp. 246-249.

[36] Proyecto de ley n° 1667/2001-CR, publicado como separata especial en el *Diario Oficial El Peruano*, 3 de enero de 2002.

cioso es el anteproyecto de Ley de Reforma de la Constitución que en el artículo 227 restringe el ámbito de la jurisdicción militar frente a delitos estrictamente castrenses y bajo la competencia de jueces militares "que constituyen órganos especializados del Poder Judicial", correspondiendo a la Corte Suprema revisar las resoluciones dictadas en esta jurisdicción especial. En la misma perspectiva, el artículo 201 del Proyecto de Constitución de julio de 2002 establece que "Los miembros de las Fuerzas Armadas en actividad que cometan delitos estrictamente castrenses están bajo la competencia de jueces especializados del Poder Judicial", pudiendo la Corte Suprema revisar las resoluciones de dichos jueces.

7. Si la coyuntura no permite acercarnos mucho más a un Derecho Penal del Estado social y democrático de Derecho, conviene todavía reflexionar sobre los fundamentos de la legislación vigente (II) y los que deben imperar, en el actual contexto de reforma constitucional, a través del "permanente" proceso de reforma penal emprendido desde fines del 2000 (III).

II

8. Como he puesto antes de relieve,[37] la recepción del Derecho Penal europeo en general, en varios momentos de la codificación penal peruana, desde el siglo XIX y hasta la actualidad, quizás no ha dejado de manifestarse como un simple "desembarco de textos o modelos",[38] es decir, sin adaptarse las instituciones extranjeras a las exigencias y limitaciones de nuestro sistema jurídico y de la realidad nacional.[39]

Sólo el Proyecto de Código Penal de Manuel Lorenzo de Vidaurre, publicado en Boston en 1828,[40] se alejó intencionalmente de la influencia del Código Penal español de 1822[41] y adoptó los modelos franceses e ingleses de la época, en busca de un derrotero propio para la elaboración de un Código original a partir del estudio y la recepción de las ideas europeas.[42] Sin embargo, el retorno al Derecho peninsular operó con la puesta en vigor del Código Penal boliviano, por orden del general Santa-Cruz,[43] en el estado Sud-Peruano de la Confederación Peruano-Boliviana, que tuvo como fuentes el Código español de 1822,[44] inspirado en el "movimiento de la Enci-

---

[37] Caro Coria, "Presentación", en Serrano-Piedecasas Fernández, *Conocimiento científico y fundamentos del Derecho Penal*, Lima, 1999, pp. XIV, XV.

[38] Zaffaroni, "Introducción a la codificación penal latinoamericana", en *Los códigos penales latinoamericanos*. Santa Fe de Bogotá, 1994, pp. 38 y ss.

[39] Hurtado Pozo, *La ley "importada"*, Lima, 1979, pp. 101 y ss.

[40] De Vidaurre, Proyecto de Código Penal, Arequipa, 1996 (1928).

[41] Villa Stein, *Derecho Penal*, Parte general, Lima, 1998, p. 84.

[42] Hurtado Pozo, *Manual de Derecho Penal*, Parte general, Lima, 1987, p. 106.

[43] *Código Penal Santa-Cruz del estado Sud-Peruano*, Ed. Oficial, Lima, 1836.

[44] Para Bramont Arias (*Derecho Penal*, Parte general, Lima, 1972, p. 110), el Código Santa Cruz "no era otra cosa que una edición reformada del Código español de 1822 —tal vez mejor dicho, mal reformada".

clopedia" y el "movimiento codificador francés",[45] el Código Napoleón de 1810 y el Derecho histórico español.[46] Este Código rigió apenas entre el 13 de octubre de 1836 y julio de 1838, tras la caída de la Confederación.

Posteriormente, el Código Penal peruano de 1863[47] tuvo una marcada inspiración en el Código Penal español de 1848 reformado en 1850,[48] el cual recibió a su vez la influencia del Código brasilero de 1830, inspirado en el Código napolitano, como éste en el francés de 1810.[49] El texto de 1863 fue casi inmediatamente sometido a proceso de reforma, anhelo "avivado al expedirse en España el Código Penal de 1870",[50] a través de las Comisiones de 17 de marzo de 1871, de 18 de octubre de 1873 —que elaboró el proyecto de 1874—,[51] de 3 de julio de 1877 —que escribió el Anteproyecto de 1877—[52] y la de 27 de enero de 1900 —que produjo el Anteproyecto de 1900-1902—.[53] Estos proyectos mantuvieron la influencia hispana de la época; ninguno se materializó en texto legislativo, quizás porque no significaron un cambio importante de las instituciones del texto de 1863,[54] en cuya interpretación concurrieron diversas concepciones ibéricas como la "doctrina expiacionista" defendida por Francisco Pacheco en el sentido ecléctico de Rossi y enarbolada en nuestro medio por Ricardo Heredia, la escuela alemana del Derecho Natural cimentada por Krause y difundida por Ahrens y Roeder, y por José Silva Santisteban en Perú, la reacción contra esta concepción a cargo de Manuel Vicente Villarán y Juan Bautista de Lavalle, así como el positivismo italiano acogido por Javier Prado Ugarteche y Oscar Miro Quezada.[55]

9. En este contexto ideológico se promovió la aprobación del Código Maúrtua de 1924, que recoge la experiencia codificadora helvética expresada en los anteproyectos de agosto de 1915 y 1916 y del proyecto suizo de 1918.[56] El antecedente nacional inmediato del texto de 1924 es el proyecto de 1916, cuyo autor y ponente fue Víctor M. Maúrtua,[57] en virtud del encargo establecido por la ley nº 2.110 de 27

---

[45] Hurtado, *Manual…*, op. cit., pp. 106-107.

[46] *Código Penal Santa-Cruz del Estado Sud-Peruano*, cit., p. III; Villavicencio Terreros, *Lecciones de Derecho Penal*, Parte general, Lima, 1990, p. 73.

[47] *Código Penal del Perú*, Ed. Oficial, Lima, 1862; R. Heredia, *Lecciones de Derecho Penal filosófico*, Lima, 1884; Silva Santisteban, *Derecho natural o filosofía del Derecho*, Lima, 1884; Viterbo Arias, *Exposición comparada y comentada del Código Penal de 1863*, 3 vols., Lima, 1900.

[48] Zavala Loaiza, *Sinopsis histórica de la legislación penal en el Perú*, Lima, 1941, p. 31.

[49] Jiménez de Asúa, *Tratado de Derecho Penal*, t. I, 4ª ed., Buenos Aires, 1964, p. 760.

[50] Zavala, op. cit., p. 58.

[51] Bramont, op. cit., p. 113.

[52] *La reforma del Código Penal*, t. I, Lima, 1918, pp. 3 ss.

[53] Ibídem, pp. 179 ss.

[54] Bramont, op. cit., pp. 113-114.

[55] Hurtado, *Manual…*, op. cit., pp. 109-110.

[56] Villavicencio, *Lecciones…*, op. cit., p. 73; Bramont, op. cit., p. 116.

[57] *La reforma del Código Penal*, t. II, Lima, 1918, pp. 5 ss.

de enero de 1915. Este proyecto fue revisado por una Comisión en virtud de la ley nº 4.460 de 30 de diciembre de 1921 y aprobado sin discusión parlamentaria mediante la ley nº 4.868 de 11 de enero de 1924.

El Código Maúrtua estuvo influido por el Código italiano Zanardelli de 1889, en cuanto a la sistemática de tratar primero lo relativo a la ley penal, después la sanción y finalmente las infracciones, así como respecto del sistema de penas privativas de libertad paralelas. También se aprecia la injerencia del proyecto Ferri de 1921 en el tratamiento de la peligrosidad, el régimen de prisión y la relegación como medida de seguridad para los multireincidentes especialmente peligrosos. Otras fuentes relevantes son el Código argentino de 1922, el uruguayo de 1889 en la regulación de las faltas y el proyecto sueco de 1918 en el sistema de días-multa.[58] No se renunció totalmente a la fuente hispana, como se observa por ejemplo en el tratamiento de las causales de exclusión de responsabilidad penal y porque se conservaron ciertos elementos del Código de 1863.[59] En un grado mucho menor, se ha citado como fuentes los proyectos de Servia de 1910 y de Suecia de 1916,[60] así como el Código Penal holandés de 1881 en cuanto a la aplicación de la ley penal y el concurso de infracciones.[61] Precisa Estuardo Núñez que el texto peruano de 1924 recibió también una influencia nada irrelevante del anteproyecto alemán de 1909, así como de la doctrina y de la ley germanas.[62]

Como se adelantó, el Código Penal de 1924 tuvo influencia predominantemente helvética; la distribución de materias de la Parte general[63] y la clasificación de los delitos de la Parte especial son análogas a las del Proyecto suizo de 1918,[64] sin soslayarse el influjo de los anteproyectos de 1915 y 1916, al extremo de que se transcribieron disposiciones de aquéllos casi literalmente, de forma que profesores e intérpretes como Paul Logoz recurrieron a los comentarios suizos para entender el Derecho vigente en el Perú.[65]

El Código Maúrtua incorporó novedosas instituciones penales, principalmente en la Parte general, en materia de penas y reglas de imputación. En la misma línea de los proyectos suizos antes citados, se adoptó la orientación pluralista o ecléctica de la política criminal, entre los extremos de la concepción clásica derivada del modelo del

---

[58] Hurtado, *Manual…*, op. cit., p. 111.

[59] Ibídem, pp. 110, 126.

[60] Jiménez de Asúa, *Derecho Penal de la República del Perú*, Lima, 1987 (1926), p. 45; Altmann Smythe, *Reseña histórica de la evolución del Derecho Penal*, Lima, 1944, p. 248.

[61] Benites Sánchez, *Derecho Penal peruano*, Lima, 1952, p. 19; Hurtado, *Manual…*, op. cit., p. 111.

[62] Núñez, *La influencia alemana en el Derecho peruano*, Lima, 1937, pp. 29-31.

[63] Hurtado Pozo, *L'influence de la législation pénale suisse sur le Code pénal péruvien* (partie générale), Bienne, 1972, pássim.

[64] Bramont, op. cit., p. 115.

[65] Jiménez de Asúa, *Tratado…*, op. cit., p. 1205.

Código Penal italiano de 1889 y los postulados de la escuela positivista expresada en el proyecto Ferri de 1921.[66] Sin embargo, ello no denota que la reforma penal de 1924 estuviera determinada por un cambio en la concepción jurídica nacional. La recepción de las fuentes extranjeras se redujo casi a la importación de normas foráneas, no fue producto de la evolución interna de la legislación y las ideas penales existentes en el medio, ni una respuesta adecuada a las condiciones de nuestro país; de allí que para Hurtado el Código es comparable con un "mosaico asimétrico elaborado con diversos materiales", cuyo único factor común se cifra en su procedencia del Derecho eurocontinental.[67] Pero lo más grave de todo radicó en que dicha forma de legislar determinó un profundo distanciamiento de la norma penal frente a la realidad, como dijera Manuel G. Abastos, "el raro destino del código Maúrtua ha sido envejecer sin haber sido aplicado ni suficientemente estudiado".[68]

Pese a ello, el Código de 1924 fue valorado por los penalistas más importantes de la época como un texto muy avanzado.[69] Bien puso de relieve Jiménez de Asúa:

> El Código peruano pertenece a la escuela Político criminal, en su sector más avanzado, por la dualidad de los medios puestos en la lucha contra el crimen —penas y medidas de seguridad— […]; pero por la acogida de la sentencia indeterminada, incluso para ciertas penas, y por la ideología que preside la nueva ley, se aproxima al Proyecto italiano, hijo del reciente sesgo jurídico dado por la escuela positivista […] En suma, el Código del Perú puede figurar entre los más avanzados documentos legislativos y es uno de los hechos más importantes de la legislación penal contemporánea.[70]

10. No es extraño entonces que tan solo un año después de la entrada en vigor del Código Maúrtua, mediante la ley nº 5.168 de 31 de julio de 1925 se creó una Comisión integrada por Ángel Gustavo Cornejo y Plácido Jiménez, con el objeto de proponer las necesarias reformas de la legislación penal, propuesta que se concretó en el proyecto de 1928.[71] Tal como previó en su momento Jiménez de Asúa,[72] éste no sólo fue una revisión del texto de 1924 sino un modelo diferente en los principios generales y los delitos en particular.[73]

Los posteriores intentos de reforma penal se remontan a 1965. Durante el primer gobierno de Belaunde Terry se creó, mediante el decreto supremo nº 136-AL de 25 de marzo, una Comisión encargada de revisar el Código de 1924, que fue presidida por Torres Malpica e integrada por penalistas importantes como Bramont Arias, Roy Fre-

---

[66] Hurtado, *Manual…*, op. cit., p. 113.

[67] Hurtado. *La ley…*, op. cit., p. 125.

[68] Ibídem, p. 126.

[69] Kunicka-Michalska, "La reforma del Derecho Penal en el Perú y sus antecedentes", *Actualidad Penal* 9/1995, p. 107.

[70] Jiménez de Asúa, *Derecho Penal…*, op. cit., p. 72.

[71] Proyecto de Código Penal, Lima, 1928.

[72] Jiménez de Asúa, *Derecho Penal…*, op. cit., pp. 73-74.

[73] Villavicencio, *Lecciones…*, op. cit., p. 74.

yre y Peña Cabrera. Esta Comisión produjo, ya durante el gobierno militar de Velazco Alvarado, el anteproyecto de 7 de junio de 1972, texto que mantuvo los postulados básicos de 1924 y se orientó a controlar los excesos de la dictadura militar,[74] razón por la que quizás no pudo cobrar vigencia.

11. El programa penal de la Constitución de 1979 puso en vigor un conjunto de garantías no tenidas en cuenta durante el régimen militar de 1968 a 1980.[75] La Constitución no reclamaba necesariamente la aprobación de un nuevo Código Penal, pese a lo cual a partir de 1984 se emprendió la tarea prelegislativa, dadas las limitaciones de las reformas operadas desde 1980, la falta de un programa de política criminal integral y viable[76] y la "euforia" del movimiento internacional de reforma penal gestado desde el Proyecto Alternativo alemán de 1966, pero cuya fuerza no pudo percibirse en Latinoamérica sino hasta principios de los años ochenta. A la mitad de dicha década ya advertía Prado cómo en los anteriores quince años se había "desarrollado un consenso en cuanto a diagnosticar y aceptar la necesidad de reformar el Código Maúrtua o, cuando menos, de actualizar sus normas".[77] Sin embargo, la tarea reformadora sería más bien desordenada, al extremo de que una Comisión no había siquiera publicado sus propuestas y ya otra había sido nombrada para los mismos fines.

Una orientación conservadora primó en nuestros primeros proyectos de Código Penal "de la democracia", de septiembre y octubre-noviembre de 1984, agosto de 1985 y marzo-abril 1986, influidos por la inercia del Código de 1924 y el tecnicismo de la Parte general del Código Penal Tipo para Latinoamérica,[78] cuya redacción se concluyó en São Paulo en 1971 [79] y estuvo inspirada a su vez, entre otras fuentes, por el Proyecto Oficial alemán de 1962.[80] Otras fuentes importantes de estos primeros textos se concretan en el Código colombiano de 1980 y el brasilero de 1984.[81] El proyecto de setiembre de 1984,[82] pese a ser el fruto de tres años de trabajo de la Comisión creada mediante la resolución suprema nº 070-81-JUS de 8 de setiembre de 1981, manifestó una conformidad general con el estado de la legislación penal, manteniendo casi todas las instituciones de la Parte general y de la Parte especial y propo-

---

[74] Peña Cabrera, *Tratado de Derecho Penal. Estudio programático de la Parte general*, 3ª ed., Lima, 1999, pp. 164-165.

[75] Prado Saldarriaga, *Derecho Penal y política. Política penal de la dictadura y la democracia en el Perú*, Lima, 1990, pp. 50-58.

[76] Hurtado, *Manual…*, op. cit., pp. 72 y ss., 85 y ss.

[77] Prado Saldarriaga, *Política criminal peruana*, Lima, 1985, p. 271.

[78] Especialmente en las propuestas de 1984, Villavicencio, *Lecciones…*, op. cit., p. 73, n. 68.

[79] Grisolía, *Código Penal Tipo para Latinoamérica*, Parte general, t. I, t. II vol. 1 y t. II vol. 2, Santiago de Chile, 1973; Bustos Ramírez y Valenzuela Bejas, *Derecho Penal latinoamericano comparado*, t. I, Parte general, Buenos Aires, 1981, pp. 1 y ss.

[80] Zaffaroni, "Introducción a la codificación penal latinoamericana", en *Los códigos penales latinoamericanos, 1*, Santa Fe de Bogotá, 1994, pp. 106-107.

[81] Prado, *Política criminal…*, op. cit., p. 272; Hurtado, *Manual…*, op. cit., p. 86.

[82] Diario *El Peruano*, 3 al 5 de setiembre de 1984.

niendo ligeras modificaciones a fin de adaptar el Código a los postulados básicos de la Constitución. Muy al margen estuvieron las reflexiones político-criminales; como era tradición en nuestro medio desde el siglo XIX, no se cuestionó la eficacia de la regulación *de lege lata* ni se diagnosticaron las dificultades de su aplicación en nuestra realidad. La no publicidad de una exposición de motivos o actas de los trabajos preparatorios es representativa de esta orientación.

Los proyectos de octubre-noviembre de 1984[83] y agosto de 1985,[84] tampoco acompañados de explicación alguna, fueron producto de la Comisión Revisora creada mediante la ley nº 23.859 de 5 de julio de 1984, la misma que otorgó facultades delegadas al Poder Ejecutivo para aprobar un nuevo Código Penal, pretensión que no se materializó ante la ausencia de una coyuntura favorable. El primero de estos proyectos fue elaborado en el tiempo récord de tres meses y días; prácticamente se limitó a reproducir las discutibles disposiciones del Código Penal Tipo para Latinoamérica,[85] estando ausente en tan sumario periodo la definición de metas político-criminales. Como advirtió Prado, era necesario desarrollar un mínimo de investigación criminológica y tratar de consensuar las bases o principios que debían inspirar la Parte general y la definición del catálogo de delitos, entre ellos los principios de legalidad y reserva, mínima intervención, lesividad, resocialización, culpabilidad, humanidad, *ultima ratio* penal, entre otros,[86] principios cuyo asidero constitucional podía admitirse en el marco de la Carta de 1979. La propuesta de agosto de 1985, derivada de la misma Comisión, no es sino la de octubre-noviembre de 1984 con algunas enmiendas.[87] Bien ha criticado Hurtado que su defecto principal, al igual que su fuente básica, el Código de 1924, fue su excesiva pretensión de perfeccionismo técnico y teórico; la preocupación de los autores no fue de política criminal, no cuestionaron la efectividad de la ley vigente ni trataron de sustituirla por una más pragmática y adecuada a nuestra realidad.[88]

La Comisión Consultiva del Ministerio de Justicia, creada mediante la R.M. nº 193-85 de 31 de julio de 1985, que elaboró el proyecto de marzo-abril de 1986,[89] tuvo como principales insumos los proyectos de octubre-noviembre de 1984 y agosto de 1985, por lo que reprodujo los defectos antes mencionados. Esta propuesta fue especialmente debatida en el seno de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos,[90] oportunidad en la que Zaffaroni puntualizó que un nuevo Código Penal peruano

---

[83] Diario *El Peruano*, 20 y 30 de octubre de 1984, 3 y 4 de noviembre de 1984.

[84] Diario *El Peruano*, 19 a 21 de agosto de 1985.

[85] Prado, *Derecho Penal…*, op. cit., p. 63.

[86] Prado, *Política criminal…*, op. cit., pp. 275-277.

[87] Véase § 4 de los "Antecedentes" de la "Exposición de motivos" del Código Penal de 1991.

[88] Hurtado, *Manual…*, op. cit., p. 86; véanse también pp. 87-90.

[89] Diario *El Peruano*, 31 de marzo a 2 de abril de 1986.

[90] Varios autores, *Política criminal. Presupuestos científicos para la reforma del Código Penal*, Lima, 1986.

"tendría que inspirarse en una filosofía bien distinta de aquella a la que responden el Código vigente y el proyecto", basándose en un Derecho Penal de acto y no de autor, debiendo la reforma tener en claro ciertos objetivos político-criminales.[91] Por su parte, Solís Espinoza señaló que la problemática del delito debía analizarse desde una perspectiva criminológica y social, económica y de la realidad peruana, sin dejar de lado los aspectos normativos.[92] Para Peña Cabrera era necesario trabajar más intensamente la problemática de las penas, su sistema y el respectivo correlato en el terreno de la ejecución penal,[93] mientras que Villavicencio Terreros criticó más bien el abandono de la fuente helvética en materia de delitos de peligro común[94] y Sánchez Velarde evaluó los problemas del proyecto vinculados a la despenalización.[95]

12. La ley nº 24.911 de 25 de octubre de 1988, bien avanzado el gobierno del Partido Aprista, amplió el plazo previsto por la ley nº 23.859 en orden a que el Poder Ejecutivo promulgara un nuevo Código Penal mediante decreto legislativo. La nueva Comisión Revisora tuvo como materia prima el proyecto de 1986 y estuvo integrada por penalistas como Roy Freyre y Bramont Arias; en calidad de colaboradores participaron, entre otros, Peña Cabrera, Villavicencio Terreros, San Martín Castro y Prado Saldarriaga. Esta Comisión publicó en primer término una propuesta de Parte general en setiembre de 1989[96] y luego, al final del Gobierno de García, el proyecto completo de Código Penal en julio de 1990.[97]

Dichas propuestas eran más acordes con las modernas tendencias del Derecho Comparado, pero lo más importante es que tomaron como punto de partida el reconocimiento de la profunda crisis del Derecho Penal y en especial de la ejecución penitenciaria, así como las limitaciones de nuestra realidad, lo que condujo a la Comisión a adoptar los presupuestos básicos de un Derecho Penal de mínima intervención, es decir, los principios de culpabilidad, lesividad, prevención, *ultima ratio*, entre otros.[98]

Entre las fuentes más importantes cabe citar el proyecto de Código Penal español de 1980, la propuesta alternativa de la Parte general del Grupo Parlamentario Comunista de 1982, la propuesta de anteproyecto de Código Penal español de 1983, el texto refundido de Código Penal español de 1944 reformado conforme a los principios constitucionales en 1983, el Proyecto Alternativo alemán de 1966 y la Parte

---

[91] Zaffaroni, "La Parte general del Proyecto de Código Penal de abril de 1986", ibídem, pp. 13-16.

[92] Solís Espinoza. "La delincuencia común, política y de cuello blanco", ibídem, pp. 73-74.

[93] Peña Cabrera, "Presupuestos científicos para la reforma del Código Penal", ibídem, p. 96.

[94] Villavicencio Terreros, "Delitos de terrorismo en el Proyecto de Código Penal", ibídem, pp. 101-115.

[95] Sánchez Velarde, "Despenalización en el Proyecto de Código Penal de 1986", ibídem, pp. 117-134.

[96] Diario *El Peruano*, 9 setiembre de 1989.

[97] Diario *El Peruano*, 17 de julio de 1990.

[98] Exposición de motivos del proyecto de 1990, pp. 7 ss.

general del Código Penal germano (StGB) que entró en vigor el 1 de enero de 1975, el Código Penal brasilero de 1984, de Portugal de 1982, de Colombia de 1980, el Proyecto de Código Penal argentino de 1987, así como el Proyecto peruano de 1986 y el Código Maúrtua de 1924.[99]

El retorno a las fuentes españolas y la intensificación de la influencia alemana son especialmente visibles en la Parte general publicada en 1989, donde por ejemplo se introducen las cláusulas alemanas de la omisión (artículo 18) y de la actuación "en lugar de otro" (artículo 32), también recogidas en las fuentes hispanas, se renuncia a los conceptos de tentativa y frustración por normas acordes con los criterios germanos de tentativa inacabada y acabada (artículos 21 ss.). La influencia española se deja sentir más claramente por ejemplo en el tratamiento de las consecuencias accesorias para la persona jurídica (artículo 105), inspirado en el anteproyecto de Código Penal español de 1983.

Este tecnicismo de la Parte general, claramente advertido en la exposición de motivos del texto de 1990,[100] no imperó en la Parte especial, publicada ese año. Si bien el proyectista tuvo la iniciativa de modernizar el catálogo de delitos y codificar la ya profusa legislación complementaria, se enfrentó al viejo problema de concretar tipos penales acordes con los principios limitadores del *ius puniedi* derivados de la Constitución y en muchos casos anunciados en la Parte general. De un lado se descriminalizaron figuras delictivas que ya habían sido cuestionadas por la doctrina nacional, fuera por desuso —como el duelo o la piratería—, por establecer reglas de responsabilidad objetiva —como la figura de la riña— o por desvincularse del principio de lesividad —según se observaba en el adulterio—. Asimismo, no puede soslayarse el valor de incorporar figuras modernas como el homicidio por piedad, el genocidio, los delitos contra la intimidad, los delitos laborales, el fraude en la administración de sociedades mercantiles o cooperativas, los delitos económicos o los delitos ambientales. Pero llama la atención que la propia exposición de motivos declara el distanciamiento de una concepción moral del Derecho Penal,[101] mientras en los delitos sexuales se consideran como bien jurídico "las buenas costumbres" y el "honor sexual".

Un aspecto especialmente problemático durante la coyuntura de 1990 era el tratamiento del terrorismo. El proyectista mantuvo el núcleo de conductas previstas en la legislación anterior, pero recurriendo a penas graves de hasta veinticinco años de privación de libertad, que contrastaban con la orientación resocializadora que se pretendía dispensar a la pena.[102] Otra propuesta polémica fue la descriminalización del aborto por indicación ética y eugenésica (artículo 120 numerales 2 y 3), lo que produ-

---

[99] Villavicencio, *Lecciones…*, op. cit., p. 74, n. 69; también la "Exposición de motivos" del Código Penal peruano de 1991, pássim.

[100] Exposición de motivos del proyecto de 1990, p. 10.

[101] Ibídem, p. 7.

[102] Ibídem, p. 8.

jo una importante reacción contraria de los sectores conservadores de la sociedad y de la Iglesia Católica, al extremo que al aprobarse el Código Penal de 1991 tuvo que preverse una sanción simbólica de hasta tres meses de privación de libertad para estas conductas (artículo 120).

Estos aspectos problemáticos de la Parte especial, presentados sólo a modo de ejemplos, son representativos de un elemento común que ha acompañado a la reforma penal peruana de los últimos decenios: no se trata de la politización del proceso de selección de conductas punibles y sus sanciones, factor sin duda inevitable en toda labor vinculada a la Parte especial y hasta quizás deseable en tanto se observen determinados parámetros político-criminales,[103] sino la adopción de soluciones penales para resolver problemas puramente coyunturales, para atender las demandas del momento o acallar las exigencias de la opinión pública, incluso recurriendo a tipificaciones ayunas de lesividad.

Antes bien, la propuesta de 1990 merece sin lugar a dudas una valoración positiva: por primera vez se aprecia claramente un proyecto técnico, comprometido con la necesidad de establecer una legislación penal más acorde con la realidad social del país, que guarda mayor celo frente a las fuentes extranjeras y que en general es consecuente con los presupuestos político-criminales previstos en la Constitución.

13. El Proyecto de Código Penal de enero de 1991,[104] publicado sin exposición de motivos, fue el producto de la Comisión Revisora creada durante el primer gobierno del grupo político Cambio Noventa, mediante la ley nº 25.280 de 30 de octubre de 1990, que delegó facultades en el Poder Ejecutivo para promulgar en el plazo de 90 días un nuevo Código Penal. La Comisión estuvo integrada por miembros de las Cámaras de Senadores y de Diputados y de diversas instituciones del país, entre cuyos penalistas destacaban Méndez Jurado, Portocarrero Hidalgo y Luis Bramont Arias, mientras que Peña Cabrera intervino como colaborador. Esta propuesta no es más que una revisión del proyecto de 1990; por un lado se mantuvo casi intacta la Parte general, a la que se incorporó un Título preliminar, como en el proyecto de 1986, a fin de consagrar los principales principios reguladores del *ius puniendi*. De otro lado, la Parte especial acentuó la línea sobrecriminalizadora en materia de tráfico de drogas y terrorismo, sin superar los principales problemas del texto de 1990, en especial el relativo a ser consecuente con el principio de lesividad. El plazo fijado por la ley nº

---

[103] Ibídem, p. 10. Como bien advirtió la Comisión Revisora de 1990: "La Parte General tiene una reconocida dimensión jurídico-filosófica que compete fundamentalmente precisar a los expertos, no así la Parte Especial que demanda, más bien, decisiones políticas que implican, consecuentemente, apreciaciones político criminales que deben ser convenientemente aceptadas por una Comisión Codificadora o Revisora. No olvidemos que la Parte Especial de un Código Penal es el lugar en donde, con motivo de la descripción de las ilicitudes, se reactualizan, determinan, concretizan, reconsideran y complementan los enunciados y cuantificaciones, según el caso, contenidos en la Parte General y que se refieren al delito o a sus penalidades".

[104] Diario *El Peruano*, 20 de enero de 1990.

25.280 fue ampliado por sesenta días más por la ley nº 25.350 de 10 de febrero de 1991, en virtud de la cual, sobre la base del proyecto de enero de 1991 y sin trámite parlamentario alguno, se aprobó el Código Penal a través del decreto legislativo nº 635 de 8 de abril de 1991, aunque la publicación de las normas se hizo secuencialmente el 8, 9 y 10 de abril.

14. Pese a los once años de vigencia del Código de 1991, es aún difícil establecer una valoración global en torno a una norma que, parafraseando a Manuel G. Abastos cuando calificaba el Código de 1924, viene quizás envejeciendo sin haber sido totalmente aplicada ni suficientemente estudiada. Seguramente varias de las consideraciones señaladas en torno a los proyectos de 1990 y 1991 son aquí relevantes, pero no debe perderse de vista que varias normas y hasta capítulos enteros del Código de 1991 han sido reformados varias veces, sin quedar en ocasiones rastro del esbozo original en el texto vigente. A ello se suma la extensa legislación complementaria que en muchos casos toma distancia de los principios político-criminales derivados de la Carta Magna y que ha terminado por desvirtuar la pretensión codificadora que inspiró el proceso de reforma iniciado en los años ochenta

El nuevo Código fue recibido en 1991 con cierto fervor por la comunidad jurídica nacional: se había logrado la derogación de un texto anacrónico alejado del desarrollo penal de los últimos setenta años. Debe recordarse además que la euforia del movimiento de la criminología crítica tuvo su auge en el Perú entre fines de los años ochenta y principios de la primera mitad de los noventa, producto de la cual varios sectores de la comunidad jurídica expresaban un rechazo hacia la legislación vigente por derivar de procesos de criminalización selectivos y discriminatorios.[105] No era entonces posible legislar de espaldas a la realidad; de allí que de la exposición de motivos se deduzca que la reforma total del ordenamiento penal no sólo tuvo como fin adaptar el Código al sistema político dibujado por la Constitución de 1979, sino también a las nuevas realidades de la sociedad peruana y a los avances que presentaban la dogmática penal, la política criminal, la ciencia penitenciaria y la criminología.[106] En tal sentido, como expresa el legislador en la exposición de motivos: "El Código Penal persigue concretar los postulados de la moderna política criminal, sentando la premisa de que el Derecho Penal es la garantía para la viabilidad posible en un ordenamiento social y democrático de derecho", declaración acorde con la regulación de los principales principios limitadores del *ius puniendi* en el Título preliminar, como los de legalidad, lesividad, culpabilidad o proporcionalidad.

---

[105] Yrigoyen Fajardo, "Nociones básicas sobre criminología y sistema penal", en *Separata de Criminología*, nº 2, Lima, 1990, pp. 5 ss.; Prado, *Derecho Penal…*, op. cit., pp. 59 ss.; Caro Coria, *La protección penal del ambiente*, Lima, 1995, pp. 51-91.

[106] Kunicka-Michalska, op. cit., p. 112.

Al igual que en el proyecto de 1990, destacan como fuentes el proyecto de Código Penal español de 1980, la propuesta de anteproyecto de Código Penal español de 1983, el Proyecto Alternativo alemán de 1966 y el Código Penal germano (StGB), el Código brasilero de 1984 y el de Colombia de 1980, aunque cabe subrayar que el legislador procuró no repetir las fuentes extranjeras, sino que tomó de ellas lo que consideró conveniente y, en algunos casos, mantuvo las normas nacionales.[107]

Como puede observarse desde la Exposición de Motivos, el tecnicismo imperó en la Parte general, la misma que reprodujo casi totalmente las normas del proyecto de enero de 1991 y por esa vía las del proyecto de 1990. Aunque no es posible detallar exhaustivamente las principales innovaciones, cabe al menos resaltar las siguientes: la cláusula de la omisión (artículo 13), la regulación diferenciada del error de tipo y el de prohibición (artículo 14), el error de comprensión culturalmente condicionado (artículo 15), las formas de tentativa y el desistimiento (artículos 16 ss.), el tratamiento diferenciado del estado de necesidad justificante y exculpante (artículo 20, numerales 4 y 5), el miedo insuperable (artículo 20.7), el consentimiento justificante (artículo 20.10), la actuación "en lugar de otro" (artículo 27), la unificación de las penas privativas de libertad y la eliminación de la reincidencia y habitualidad, las variadas medidas alternativas a la privación de libertad fuera de la condena condicional (reserva del fallo condenatorio, exención de pena y conversiones) y las consecuencias accesorias para la persona jurídica (artículo 105).

La injerencia política en la Parte especial fue un factor decisivo en la sobrecriminalización del tráfico de drogas y el terrorismo, como ya se advertía desde la propuesta de 1990. La modernización anunciada desde ésta se materializó con la eliminación del duelo, la piratería o la riña, y con la incorporación del homicidio por piedad, el genocidio, los delitos contra la intimidad, los delitos laborales, el fraude en la administración de personas jurídicas, los libramientos indebidos y delitos económicos en general. En cuanto a las sanciones, el legislador de 1991 intentó ceñirse al principio de proporcionalidad según la jerarquía de los bienes jurídicos, incluso en delitos especialmente sensibles para la opinión pública, como los abusos sexuales, el secuestro o el robo, orientación que duraría muy poco, especialmente hasta el autogolpe de Estado y la liquidación del Parlamento el 5 de abril de 1992.

En suma, aunque provocó muchas críticas,[108] el texto original del Código Penal de 1991 fue considerado un documento legislativo muy avanzado. Como indicó en su momento Kunicka-Michalska:

> Recoge tendencias progresistas en la ciencia penal actual y, sin duda, constituye un éxito en la ciencia penal latinoamericana, así como un acontecimiento en el movimiento de reforma penal contemporáneo.[109]

---

[107] Zúñiga Rodríguez, "El nuevo Código Penal peruano", *ADPCP 1991*, p. 516.

[108] Ibídem, pp. 515-524.

[109] Kunicka-Michalska, op. cit., p. 123.

15. La contrarreforma penal se inició apenas siete meses después de promulgado el nuevo Código Penal. El decreto legislativo nº 736 de 12 de noviembre de 1991 incorporó los artículos 296-A y 296-B a fin de sancionar el lavado de activos derivados del tráfico de drogas o del narcoterrorismo, estableciendo penas que podían superar los veinte años de privación de libertad. Éste y otros decretos legislativos aprobados por el Poder Ejecutivo a fines de 1991 fueron derogados mediante la ley nº 25399 de 10 de febrero de 1992, hecho que, sumado a otros de mayor envergadura política, marcó un serio distanciamiento entre el Gobierno y el Congreso, en el cual la agrupación política Cambio Noventa no gozaba de mayoría.

Tal problema fue "resuelto" con el llamado "autogolpe de Estado" de 5 de abril de 1992, que en definitiva marcó un nuevo capítulo en el desarrollo del Derecho Penal peruano, porque hasta fines de ese año se aprobaron mediante decretos leyes normas especialmente draconianas, sin participación alguna del Congreso —que fue disuelto de facto en abril—, sobre todo en materia de terrorismo (decreto ley nº 25475 de 6 de mayo de 1992), traición a la patria (decretos leyes nº 25.659 de 13 de agosto de 1992, nº 25880 de 26 de noviembre de 1992) [110] y lavado de activos (decreto ley nº 25.428 de 11 de abril de 1992), con sanciones de hasta cadena perpetua, cuya vigencia se mantiene hasta la actualidad pese a los cuestionamientos levantados por el Ministerio de Justicia desde 2001 [111] y por organismos supranacionales como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Con ello se ensombreció totalmente la labor reformadora que había tardado en madurar desde 1980.

Este nuevo Derecho Penal, de clara vocación autoritaria, trajo consigo graves violaciones de los derechos humanos, por los excesos en la lucha antisubversiva y por la progresiva expansión de las reglas de la emergencia penal —anclada en las concepciones de "seguridad nacional" de los años setenta—[112] a otros sectores vinculados a la delincuencia común u ordinaria, como los delitos de secuestro, robo, abigeato o violación sexual. Esta violencia penal no fue debidamente detenida ni corregida por el Congreso Constituyente Democrático que funcionó entre 1993 a 1995, ni por el Congreso de la República de 1995 a 2000. En estos periodos el Gobierno gozó de una clara mayoría congresal y se observó más bien la renuncia del Poder Legislativo a revisar la legislación penal precedente, pese a que las razones motivadoras de la emergencia penal habían cesado, al menos desde junio de 1995, cuando se pretendió amnistiar mediante leyes del propio Congreso a los autores de graves violaciones de los derechos humanos con el fin de "consolidar la pacificación y la reconciliación nacional".

---

[110] Críticamente, Prado Saldarriaga, *Comentarios al Código Penal de 1991*, Lima, 1993, pp. 155 y ss.; Gamarra Herrera, *Terrorismo. Tratamiento jurídico*, 2ª ed., Lima, 1996, pp. 25 y ss.; Rivera Paz, *Veinte propuestas de modificación de la legislación antiterrorista*, Lima, 1999, pp. 5 y ss.

[111] Ministerio de Justicia, op. cit., pp. 33 ss.

[112] Prado, *Derecho Penal…*, op. cit., p. 73.

Esta grave omisión parlamentaria permitió, por ejemplo, en 1996, entre otras soluciones inconstitucionales, el otorgamiento de facultades de persecución penal al Órgano Administrador del Tributo (artículo 7 del decreto legislativo nº 813), es decir, una suerte de oportunidad administrativa que permitió graves actos de persecución política y corrupción nunca antes conocida, a través de una jurisdicción especializada, integrada por jueces y fiscales nombrados en algunos casos desde el Servicio de Inteligencia Nacional de las Fuerzas Armadas (SIN), como se ha hecho público a través de los videos del caso Montesinos.

Esa jurisdicción fue ampliada luego mediante una simple resolución administrativa (nº 744-CME-PJ de 23 de setiembre de 1998), emitida por un órgano inconstitucional, la Comisión Ejecutiva del Poder Judicial, creada mediante la ley nº 26.546 de 21 de noviembre de 1995 para, con el pretexto de "reformar y modernizar la administración de justicia", someter el Poder Judicial a un control político directo. La citada resolución extendió la jurisdicción penal tributaria para perseguir delitos comunes no vinculados a lo tributario: estafas y defraudaciones patrimoniales, delitos contra la función jurisdiccional y contra la fe pública. Tal extensión concentró la persecución penal de hechos de relevancia penal empresarial en manos del SIN, desde donde se extorsionó a grupos empresariales y se persiguió a quienes osaron ser desleales al régimen. Como si esto no fuera suficiente, otra resolución administrativa (nº 1148-2000-CME-PJ de 3 de junio de 2000) extendió más el fuero penal-tributario, esta vez para controlar las graves denuncias por actos de corrupción de funcionarios en las postrimerías del segundo gobierno de Fujimori, aunque quizás fue también diseñada ante la eventualidad de que se destapara la compra del cambio de bancada de congresistas de la oposición electos para el periodo 2000-2005. Esto efectivamente ocurrió en setiembre de 2000, cuando, tras la difusión del famoso video Kouri-Montesinos, una fiscal provincial en lo Penal Tributario resolvió no haber mérito a denunciar penalmente el hecho ante el Poder Judicial, decisión que finalmente no se impuso.

Tampoco pueden soslayarse, como parte de la obra penal del segundo mandato del ex presiente Fujimori, normas netamente inconstitucionales, como la del delito de contumacia (ley nº 26.641 de 26 de junio de 1996) o la puesta en vigor en 1998, nuevamente mediante el peligroso recurso a decretos legislativos, de las llamadas normas sobre "seguridad nacional" que ampararon nuevas sanciones de cadena perpetua o la habilitación de la jurisdicción militar para el juzgamiento de civiles que cometían delitos comunes como el secuestro o la extorsión (nº 895 sobre "terrorismo especial" de 23 de mayo, nº 896 contra delitos agravados de 24 de mayo, nº 898 contra la posesión de armas de guerra de 27 de mayo de 1998, nº 899 contra el "pandillaje pernicioso" de 28 de mayo).[113]

---

[113] Críticamente, Caro Coria, "Seguridad ciudadana y 'Decretos de Emergencia'", en *Informativo Legal B, M & U*, n° 41, Lima, mayo de 1998, p. 1; Ugaz Sánchez-Moreno, "Grandes urbes e inseguridad ciudadana", en *Seguridad ciudadana y Derechos Humanos*, Lima, 1999, pp. 327 y ss.

Este alejamiento radical de los presupuestos básicos de la Constitución durante el periodo 1991-2000 a través de la legislación complementaria no dejó de estar presente, aunque con menor intensidad, en la Parte general del Código. De ello dan cuenta, por ejemplo, las normas que otorgaron capacidad penal a los menores de 16 años, exceso que sólo fue corregido en 1995 mediante la ley nº 26.447 de 21 de abril, que la fijó en 18 años a través de la modificación del artículo 20.2 del Código Penal y promovió el debate sobre los fundamentos del Derecho Penal de menores, cuyas primeras líneas ofrece el proyecto de Ley Penal del Adolescente, de julio de 2001,[114] aunque este proyecto tampoco expresa un sometimiento claro a los criterios y garantías de la imputación penal, como plantea la doctrina penal contemporánea.[115] Así, en España se ha promulgado la Ley Orgánica 5/2000 de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, la cual supera el común deseo de acudir a una lógica tuitiva o protectora del menor, que más bien termina soslayando las garantías para la imputación. En el caso peruano, la reforma del Derecho Penal de menores plantea varias alternativas, desde la construcción de todo un Código Penal y Procesal Penal para menores hasta la más simple de establecer cláusulas de remisión general a los principios del Código Penal y de Procedimientos que rigen los principios para atribuir la infracción al autor, independientemente de si el menor tiene culpabilidad, una menor culpabilidad o una culpabilidad propia distinta de la construida para los adultos. En todo caso, la ausencia de acuerdo dogmático sobre la culpabilidad del menor no debe significar la renuncia legislativa a trasladar, desde el punto de vista político-criminal, las mismas garantías del Derecho Penal sustantivo al Derecho Penal del menor y establecer consecuencias, básicamente, desde una perspectiva de prevención especial.

Otra muestra de la dirección autoritaria en materia de Parte general deriva de la ley nº 27.024 de 25 de diciembre de 1999, que reformó el artículo 22 del Código Penal para excluir la disminución de la pena para los imputables restringidos de 18 a menos de 21 años de edad que hubieran cometido delitos sexuales, tráfico de drogas, terrorismo, terrorismo especial, atentados contra la seguridad nacional, traición a la patria o cualquier otro delito sancionado con cadena perpetua. Del mismo modo, se reformó el artículo 29 del Código a fin de ratificar la cadena perpetua como pena en nuestro ordenamiento y elevar el máximo permitido de la privación de libertad temporal a 35 años, modificación que introdujo la 5ª disposición final del decreto legislativo nº 896 de 23 de mayo de 1999.

---

[114] Publicado como separata especial en el *Diario Oficial El Peruano*, 26 de julio de 2001.

[115] Martínez Serrano, "Principios sustantivos y procesales básicos de la responsabilidad penal de los menores establecidos en la LO 5/2000", en Ornosa Fernández (dir.), *La responsabilidad penal de los menores: aspectos sustantivos y procesales*, Madrid, 2001, pp. 19 ss.

16. La nueva Comisión Revisora del Código Penal, creada mediante la ley nº 27.421 de 7 de febrero de 2001, tiene la misión de elaborar un "Anteproyecto de Ley de Reforma del Código Penal" y para ello se le otorgó el plazo de 365 días útiles desde la instalación de la primera legislatura del año 2001. La norma no precisa exactamente si la Comisión debe elaborar una propuesta de nuevo Código o, si acaso, más bien una propuesta de reforma urgente y parcial del Código vigente, como sería conveniente.

La necesidad de superar los aspectos más graves de la regulación vigente demanda una reforma inmediata sobre la base de determinados principios constitucionales, como los de proporcionalidad de las penas, lesividad y legalidad, de modo similar a la experiencia española cuando en 1983, tras la puesta en vigor la Constitución de 1978 y una vez establecidas las bases del régimen democrático, se realizó una reforma urgente del texto refundido del Código Penal de 1973. Sin embargo —y en ello radica lo contradictorio de la práctica legislativa—, la Comisión Revisora, pese a contar con año y medio de creación, aún no se ha instalado ni iniciado el trabajo prelegislativo. Frente a ello no sólo se tiene detenido el proceso de revisión sistemática y urgente de la legislación penal, sino que también dicha tarea viene siendo suplida finalmente por el Congreso de la República, el cual, a falta de un programa orgánico de reforma penal, viene legislando desordenadamente y en muchos casos por razones meramente coyunturales.

Así, entre agosto de 2001 y agosto de 2002 se han puesto en vigor más de 20 leyes de relevancia penal. Algunas son respuesta a un específico problema social, como da cuenta por ejemplo la ley n° 27686 de 19 de marzo de 2002, que elevó las penas de los tipos de los artículos 283 y 315 del CP en casos de "entorpecimiento al funcionamiento de servicios públicos y disturbios", norma aprobada como reacción ante los múltiples reclamos populares que se ven en nuestro país desde agosto de 2001 y cuya eficacia es casi nula,[116] como demuestran los recientes acontecimientos de Arequipa suscitados durante la segunda y tercera semana de junio de 2002 contra el proceso de privatización de dos empresas. Algo similar acontece con la ley n° 27.716 de 11 de mayo de 2002, que regula la fabricación, importación, depósito, transporte, comercialización y uso de productos pirotécnicos, aprobada tras el grave incendio de la zona comercial Mesa Redonda en diciembre de 2001 y que contempla en el artículo 7 nuevos tipos penales.

No ha sido posible articular coherentemente un proceso de reforma parcial y urgente de la legislación penal. Por ello debe insistirse en que el proceso de aprobación de un nuevo Código debe estimarse como una tarea de largo plazo; se requiere un periodo importante para discutir los fundamentos de una regulación alternativa,[117]

---

[116] Caro Coria, "¿Relevancia penal de los 'disturbios públicos'? Notas sobre la reforma penal mediante la Ley N° 27686", *Legal Express* 16/2002, p. 9.

[117] Silva Sánchez, "Malos tiempos para la codificación penal en Europa. A propósito del nuevo Código Penal español", *Revista Peruana de Ciencias Penales* 7-8/1999, pp. 271 ss.

más aún teniendo en cuenta el actual proceso de reforma constitucional en el que viene cobrando fuerza la necesidad de elevar al máximo nivel normativo determinados principios de carácter penal. Así, el citado anteproyecto de Ley de Reforma de la Constitución introduce los "Límites de la potestad punitiva del Estado" (artículo 2), la "Orientación de la política criminal y penitenciaria" (artículo 3), el "Deber de investigación de violaciones de derechos humanos" (artículo 4), entre otras disposiciones propias de un programa penal de la Constitución. Asimismo, aunque el reciente Proyecto de Constitución de julio de 2002 es menos explícito en el desarrollo de principios directamente vinculantes en materia penal, trae consigo importantes disposiciones como la garantía de Ley Orgánica (artículo 51 § 1) o la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad y de guerra (artículo 2.27), así como principios generales vinculados al modelo de Estado que delinean el modelo penal constitucional.

No se trata entonces, como ha sido bastante común en Perú, de que una comisión ilustrada proponga una profunda reforma sin siquiera haberse sometido a debate los principales problemas de la legislación vigente frente a la realidad nacional, ni alcanzado consenso sobre los diversos problemas de la Parte general y de la Parte especial que reclaman la atención del legislador. En esa dirección merece poner de relieve, aunque sea de modo general, las principales tendencias de la doctrina penal nacional, a fin de establecer esos grandes derroteros de *lege ferenda*.

III

17. La Parte general del Derecho Penal peruano no ha sido suficientemente estudiada. Descontando el *Manual…* de Hurtado Pozo[118] o las *Lecciones…* de Villavicencio Terreros,[119] adaptados al Código de 1924, se cuenta apenas con algunos trabajos que inciden sobre todo en la explicación de las normas del Código Penal, entre los que cabe citar los de Peña Cabrera[120] y Villa Stein,[121] o más específicamente sobre la teoría del delito, como el de Miguel Bramont-Arias.[122] El desarrollo monográfico de los problemas dogmáticos más actuales no ha sido la nota común en nuestro medio. Recientemente ha empezado a adquirir importancia la problemática de las consecuencias jurídicas del delito,[123] mientras que temas especializados como el de la imputación objetiva o la Parte general del Derecho Penal económico[124] apenas empiezan a tratarse.

---

[118] Hurtado, *Manual…*, op. cit.

[119] Villavicencio, *Lecciones…*, op. cit.; también ha publicado comentarios a la Parte general en su *Código Penal*, 2ª ed., Lima, 1997.

[120] Peña Cabrera, *Tratado…*, op. cit.

[121] Villa Stein, op. cit.

[122] Bramont-Arias Torres, *Manual de Derecho Penal*, Parte general, Lima, 2000.

[123] Prado Saldarriaga, *Las consecuencias jurídicas del delito en el Perú*, Lima, 2000.

[124] Abanto Vásquez, *Derecho Penal económico*, Parte general, Lima, 1997.

El desarrollo dogmático de la Parte especial del Derecho Penal peruano no ha sido más fructífero: aún se carece de comentarios sistemáticos e integrales que analicen todas las normas del Código y la extensa legislación complementaria. Desde la vigencia del Código de 1991 se han publicado varios trabajos que analizan aspectos específicos de la legislación, principalmente en el plano hermenéutico y exegético, muchas veces desligados de los irrenunciables fundamentos de la Parte general.[125] Comentarios más generales estuvieron primero a cargo de Peña Cabrera,[126] cuyos textos reflejan una importante influencia de la doctrina latinoamericana, obra continuada hasta la fecha por sus colaboradores Ángeles y Frisancho, cuya orientación es glosar todas las normas del Código de 1991.[127] También merece atención el *Manual…* de Luis Bramont-Arias y García Cantizano,[128] sostenido casi de modo exclusivo en la doctrina española. Los nuevos problemas de la Parte especial casi no han sido tratados; temas vinculados al Derecho Penal económico y empresarial,[129] la delincuencia organizada o las llamadas nuevas formas de criminalidad sólo han merecido una atención inicial. Se aprecia más bien un interés por las figuras del Derecho Penal clásico (homicidio, aborto, lesiones, robos, secuestros) y, a partir de la coyuntura de los últimos meses, por los delitos de funcionarios públicos.

Las publicaciones periódicas, entre las que cabe citar el *Anuario de Derecho Penal* que dirige Hurtado Pozo desde 1988 y la *Revista Peruana de Ciencias Penales*, dirigida por Urquizo Olaechea desde 1993, contienen múltiples trabajos sobre la Parte general y la Parte especial del Derecho nacional, algunos inclusive a cargo de autores extranjeros. Recientemente, la *Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales*, editada por el Instituto Peruano de Ciencias Penales, presta atención a una tendencia importante en el Derecho Penal contemporáneo: el funcionalismo sistémico de la Escuela de Bonn, del Prof. Günther Jakobs, cuya difusión en Latinoamérica y en el Perú viene extendiéndose en los últimos años.

De otra parte, los trabajos criminológicos, tras el auge de la criminología crítica en el país hasta principios de la primera mitad de los años noventa, se han limitado en los últimos tiempos a la reproducción de los postulados generales del Derecho Penal mínimo, sin insistirse más en la meta utópica, al menos en el estado actual del Derecho Penal

---

[125] Álvarez Calderón, "Relaciones entre la Parte general y la Parte especial del Derecho Penal", *ADPCP 1993*, pp. 1009 ss.

[126] *Tratado de Derecho Penal*, Parte especial, t. II, II A, II B, III y IV, Lima, 1992, 1993, 1994, 1995.

[127] Ángeles Gonzáles y Frisancho Aparicio, *Código Penal. Comentado, concordado, anotado*, t. I-IX, Lima, 1996-2000.

[128] Bramont-Arias Torres y García Cantizano, *Manual de Derecho Penal*, Parte especial, 4ª ed., 1998.

[129] En esa perspectiva cabe citar el reciente trabajo de Reyna Alfaro, *Manual de Derecho Penal económico*, Parte general y Parte especial, Lima 2002.

en el mundo, de la abolición del sistema penal. Ello tampoco ha motivado un estudio más extenso del Derecho penitenciario, que continúa siendo residual en el Perú.

Finalmente —y aquí radica un aspecto medular de toda reforma—, a pesar de que la reflexión político-criminal ha acompañado en general el discurso de los penalistas peruanos, en el último decenio, y no obstante los once años de vigencia del Código de 1991, no se ha planteado un debate profundo sobre el rol de la política criminal en el trabajo dogmático y en la interpretación del Derecho Penal vigente.[130] A las puertas de una reforma penal en el Perú, ello nos ubica, *mutatis mutandi*, en una situación similar a la que condujo a la aprobación del Código Penal de 1924, en la que imperó el tecnicismo jurídico y el deseo de adaptar la legislación foránea a las necesidades propias, pero sin tener en cuenta la realidad político-criminal del país ni la fuerza de la cultura jurídica nacional. A este hecho se suma que un sector de la doctrina peruana viene defendiendo la adopción del método funcional en el análisis penal, lo que justifica prestar atención a las actuales orientaciones de este método a fin de identificar el rol de la política criminal, si es que se piensa todavía, parafraseando a Von Liszt, en un Derecho Penal como "barrera infranqueable de la Política Criminal".[131] En esa línea de ideas, merece ponerse de relieve la recepción en nuestro medio de los aportes del Prof. Jakobs en la interpretación del Derecho vigente.

18. En la presentación de una colección de artículos de Jakobs publicados con el título *Bases para una teoría funcional del Derecho Penal*,[132] señalé ya que la difusión y el conocimiento de su extensa obra es relativamente reciente en Latinoamérica y especialmente en Perú. La importancia de ésta es indiscutible: Jakobs es reconocido como uno de los juristas más trascendentes en la ciencia penal contemporánea,[133] sobre todo por el desarrollo de un modelo funcionalista normativo del Derecho Penal que expone principalmente en su *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Die Grudlagen und die Zurechnungslehre. Lehrbuch*,[134] ya traducido al español desde 1995 por Cuello Contreras y Serrano Gonzáles de Murillo.[135] A esta obra sobre la Parte general se suman las múltiples contribuciones del autor orientadas establecer los fundamentos de una teoría funcional del Derecho Penal.

---

[130] Una orientación en ese sentido, vinculada a las reflexiones de Mir Puig sobre el Derecho Penal en el Estado social y democrático de Derecho, se aprecia en Castillo Alva, *Principios de Derecho Penal*, Parte general, Lima, 2002.

[131] Von Liszt, op. cit., p. 80.

[132] Lima, 2000, pp. 11 ss.

[133] En la recensión a la primera edición de 1983 del Tratado de Derecho Penal de Jakobs, su obra fue calificada por Roxin como el más audaz y más consecuente esbozo hasta ese entonces de un sistema puramente teleológico, con reflexiones originales que anticipaban los próximos treinta años, *NJW* (1984), p. 2270.

[134] 2ª ed., Berlín, 1991.

[135] *Derecho Penal*, Parte general, Fundamentos y teoría de la imputación, 2ª ed., Madrid, 1997.

Durante el desarrollo de más de veinte años de las tesis normativistas de Jakobs, se aprecia una progresiva desvinculación de la teoría de los sistemas de Luhmann y un acento en su raigambre hegeliana.[136] Antes bien, desde sus inicios Jakobs tomó distancia de la herencia ontológica del finalismo, para dar paso a una (re)normativización de los conceptos jurídico-penales conforme a la función que corresponde al Derecho Penal y no de acuerdo con datos previos naturales o ajenos a la sociedad. A su juicio, ella se concreta en el mantenimiento de la configuración de la sociedad en cuanto configuración normativa, es decir que la misión del Derecho Penal es confirmar la identidad social. Como precisa en el prólogo a la primera edición de su *Tratado…* sobre la Parte general, la misión de la dogmática penal se cifra en desarrollar las proposiciones necesarias para reaccionar ante la infracción penal como acto con significado, con contenido expresivo, mediante otro acto con significado. El objetivo es la sistematización de Derecho Penal vigente en términos normativos;[137] se pretende describir en un sistema normativo el funcionamiento de un determinado sistema de imputación; se trata de una concepción que persigue separar política criminal y dogmática penal, sin que ello deba valorarse, a juicio de sus seguidores, como prueba de determinadas intenciones políticas.[138]

Este punto de partida conduce a múltiples consecuencias, entre las que cabe destacar, por su trascendencia para todo el sistema del Derecho Penal, la concepción de la pena como medio de estabilización de las expectativas normativas. Dicho de otro modo, la pena tiene como función el mantenimiento de la confianza en la vigencia de la norma, antes que perseguir otros efectos de carácter psicológico-social o psicológico-individual que la punición estatal también podría producir. No se trata en consecuencia de dispensar protección a lo que clásicamente se conoce como *bien jurídico*, sino de orientar la tutela hacia la estabilización de los preceptos normativos.[139] Como puede apreciarse, esta concepción normativa de la pena, y en general de la propia misión del Derecho Penal, repercute directamente en el entendimiento de aspectos tradicionalmente ligados a categorías sicológicas, prejurídicas o lógico-objetivas, entre ellos los conceptos de *acción* y *culpabilidad*, pero también en la delimitación de estructuras que surgieron como correctivos normativos, por ejemplo, la imputación objetiva o la autoría.

Este camino de refundamentación normativa de la teoría jurídica del delito y del método dogmático no ha sido valorado de forma homogénea en la dogmática penal. En una perspectiva crítica, se ha señalado la necesidad de tomar en cuenta determina-

---

[136] Silva Sánchez, *Consideraciones sobre la teoría del delito*, Buenos Aires, 1998, p. 28.

[137] 1ª ed., Berlín, 1983, pp. V-VI.

[138] Suárez González y Cancio Meliá, "Estudio preliminar", en Jakobs, *La imputación objetiva*, Madrid, 1996, pp. 79-80.

[139] Jakobs, "¿Qué protege el Derecho Penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma?", en Jakobs y Cancio Meliá, *El sistema funcionalista del Derecho Penal*, Lima, 2000, pp. 43 ss.

dos aspectos de la realidad del ser, las consecuencias político-criminales de las soluciones dogmáticas en un marco crítico frente al sistema social y el presupuesto de un Derecho Penal al servicio de la persona humana y no de la sociedad.[140] Estas objeciones forman parte del debate actual y no han sido desatendidas por el autor, especialmente en su trabajo "Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho Penal funcional".[141] Jakobs ratifica la importancia de elaborar un sistema del Derecho Penal capaz de responder a las necesidades de una comunicación normativa sin por ello, a su entender, instrumentalizar a la persona, a la cual concibe, en términos también funcionales, como la representación de una competencia socialmente comprensible; no como un ente capaz de ocasionar o impedir un suceso, sino como aquél que puede ser responsable de éste.

En 1983 ya advertía Jakobs que al (re)normativizar no se trata de erigir sistemas normativos al margen del contexto social, sino que los esfuerzos se orientan a un Derecho Penal en el seno de una sociedad de estructura dada, sin que evidentemente deba renunciarse a formular aspiraciones frente a la realidad.[142] Precisamente por ello, y bastante lejos de lo que en varias ocasiones se ha sostenido, una teoría funcional del Derecho Penal no es ontológicamente compatible con un "Derecho Penal del enemigo", que Jakobs cuestiona por oponerse a una sociedad de libertades.[143] A juicio de Suárez Gonzáles y Cancio Meliá, la propia concepción de Jakobs parte de un determinado sistema social cuyo pilar principal es el reconocimiento del *status* y de la esfera del ciudadano; de allí que sus posturas no son incompatibles con reflexiones político-criminales o relacionadas con la legitimidad del sistema o de partes de éste.[144]

19. Estas aclaraciones son de suma trascendencia ante la progresiva recepción en nuestro medio del método funcionalista normativo de Jakobs.[145] La desordenada expansión de la legislación penal peruana, alejada en muchos casos de los límites

---

[140] Lüderssen, "El Derecho Penal entre el funcionalismo y el pensamiento vinculado a los principios 'europeos tradicionales'. O ¿adiós al 'Derecho Penal europeo tradicional'?", *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, 9 (1999), pp. 65 ss.; Muñoz Conde, "Presente y futuro de la dogmática jurídico-penal", *Revista Penal*, 5 (2000), pp. 47-48.

[141] En *Bases para una teoría funcional del Derecho Penal*, op. cit., pp. 19 ss.

[142] Op. cit., 1ª ed., cit., p. VI.

[143] Jakobs, *La ciencia del Derecho Penal ante las exigencias del presente*, Bogotá, 2000, pp. 29-35.

[144] Suárez y Cancio, op. cit., pp. 80, n. 166, 81. Véase asimismo, Peñaranda Ramos, Suárez González y Cancio Meliá, *Un nuevo sistema del Derecho Penal*, Lima, 1998, pp. 41 ss. Como señala García Cavero (*La responsabilidad penal del administrador de hecho de la empresa: criterios de imputación*, Barcelona, 1999, p. 34, n. 44), no puede afirmarse que una visión funcionalista del Derecho también explicaría una "sociedad de demonios" si ésta funcionara, pues la descripción del sistema social debe conllevar los fundamentos valorativos que configuran la sociedad.

[145] Véase García Cavero, op. cit., pp. 32 ss.; Villa Stein, op. cit., pp. 75, 189. Críticamente, Caro Coria, *Derecho Penal del ambiente*, Lima, 1999, pp. 17 ss.

constitucionales del poder punitivo, como se ha descrito, no puede convalidarse a través de una concepción funcional del Derecho Penal que, más allá de cualquier esfuerzo por vincularla a determinados parámetros axiológicos, se viene aún estimando neutral o quizás compatible con cualquier sistema político-social.[146] Que esta orientación funcional no sea promotora de un Derecho Penal autoritario o "del enemigo" quizás no es suficiente garantía para adoptarlo en la interpretación de nuestro Derecho Penal vigente, tarea necesitada de un indudable ingrediente valorativo[147] que demanda, por el contrario, una no neutralidad político-criminal frente a regulaciones *de lege lata* desvinculadas de la Constitución y en un contexto social donde no se han superado las graves violaciones a los derechos humanos.

Ya en la presentación del libro *Conocimiento científico y fundamentos del Derecho Penal*, del Prof. Serrano-Piedecasas,[148] sostuve que la necesaria orientación axiológica puede dispensarla el método funcionalista moderado, desarrollado principalmente por el Prof. Claus Roxin.[149] Él propone orientar el sistema del Derecho Penal hacia las valoraciones de la política criminal, lo cual, frente a la perspectiva ontológica heredada del finalismo, obliga a una amplia normativización de los conceptos, de modo que se garantice la flexibilidad necesaria para hacer posibles las variaciones de contenido en los conceptos, en función de los cambios valorativos o del equilibrio de fines, lo que permitirá avanzar hacia la construcción de un "sistema abierto" de orientación teleológica.[150] De este modo puede plantearse una postura crítica frente a la consideración de la pena como medio de estabilización o integración de las expectativas sociales, y especialmente ante la atribución al Derecho Penal de una misión protectora de la vigencia de la norma y no de bienes jurídicos merecedores y necesitados de tutela penal.

La perspectiva funcionalista moderada ubica pues a la dogmática, tanto tiempo difuminada entre pretensiones de una desmedida cientificidad o neutralidad que no estaba en condiciones de ofrecer,[151] en una posición crítica frente al sistema social. Por ese motivo, reflexiones político-criminales como el carácter de *ultima ratio* del Derecho Penal, la función preventiva de la pena, el contenido valorativo-imperativo de la norma penal, la fundamentación material del bien jurídico-penal, entre otros,

---

[146] Muñoz Conde, *Edmund Mezger y el Derecho Penal de su tiempo*, Valencia, 2000, p. 72.

[147] Hurtado Pozo, "La interpretación de la ley en el Derecho Penal", *Derecho*, 32/1974, p. 164.

[148] Cit., pp. XII-XIII.

[149] Roxin, *Política criminal y sistema del Derecho Penal*, Barcelona, 1972, pp. 15 y ss.; *Política criminal y estructura del delito (Elementos del delito en base a la política criminal)*, Barcelona, 1992, pp. 9 y ss.; *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, t. I, 3ª ed., Múnich, 1997, § 7/III; *Dogmática penal*, cit., pp. 25 y ss.

[150] Silva Sánchez, *Aproximación al Derecho Penal contemporáneo*, Barcelona, 1992, pp. 68-69; Schünemann (comp), *El sistema moderno del DP: cuestiones fundamentales*, Madrid, 1991, pp. 31 y ss.

[151] Silva Sánchez, *Aproximación…*, op. cit., p. 71.

siempre desde el enfoque normativo de la Constitución y los derechos humanos, son de enorme trascendencia en el Perú porque proporcionan los instrumentos dogmáticos necesarios para confrontar nuestro propio expansionismo penal.

20. Sí frente a la "huida al Derecho Penal" no es conveniente una lectura neutral del Derecho Penal vigente, ni de sus perspectivas de *lege ferenda*, de ello no se deduce un rechazo *in limine* o una "satanización" de lo funcional, como parece apreciarse en algunos sectores de la doctrina hispanoamericana, hacia los fundamentos y soluciones dogmáticas propuestos por la Escuela de Bonn. En muchos casos éstos coinciden con los que se plantean desde otras perspectivas metodológicas respecto de temas especialmente complejos en la actualidad, como la imputación objetiva, la imputación subjetiva, la culpabilidad, la omisión o las formas de intervención en el delito.[152]

Es más, la renuncia a un Derecho Penal protector de bienes jurídicos, que ha motivado las críticas más severas contra Jakobs en la dogmática española, sigue siendo un aspecto en franca revisión dentro del llamado "moderno Derecho Penal" [153] o en las normas contra el crimen organizado.[154] En estos sectores es lugar común el recurso a la tutela de bienes jurídicos colectivos, la sanción de comportamientos de peligro abstracto, la criminalización de actos preparatorios o el tratamiento de la mera participación delictiva como formas especiales de autoría. No se trata de convalidar el Derecho vigente mediante el entierro del principio de lesividad, pero tampoco se puede ser ajeno a una realidad legislativa en expansión frente a la cual el principio de exclusiva tutela de bienes jurídicos desempeña un rol casi imperceptible.

Sólo la Escuela de Frankfurt y sus seguidores han planteado un retorno a un "viejo y mejor" Derecho Penal liberal y, en consecuencia, la restitución de la vigencia del principio de lesividad, especialmente en sectores vinculados a la criminalidad económica.[155] A juicio de Hassemer, el Derecho Penal debe reducirse al "Derecho Penal básico", protector de bienes individuales y de determinados bienes colectivos ante puestas en peligro "graves y evidentes". Las restantes conductas sancionadas en el moderno Derecho Penal pueden ser controladas mediante un Derecho de intervención (*Interventionsrecht*) ubicado entre el Derecho Penal y el Derecho Sancionatorio Administrativo, entre el Derecho Civil y el Derecho Público, con un nivel de garantías y sanciones menores que las del Derecho Penal.[156]

---

[152] Véase Roxin, Jakobs, Schünemann, Frisch y Köhler, *Sobre el estado de la teoría del delito*, Madrid, 2000, pp. 181 ss., el "Informe sobre las discusiones" de Silva Sánchez.

[153] Hassemer, *Persona, mundo y responsabilidad. Bases para una teoría de la imputación en Derecho penal*, Bogotá, 1999, p. 20.

[154] Hassemer, "Límites del Estado de Derecho para el combate contra la criminalidad organizada. Tesis y razones", *Ciencias Penales*, 9/1997, pp. 7 ss.

[155] Véase ampliamente: Varios autores, *La insostenible situación del Derecho Penal*, Granada, 2000, pássim.

[156] Hassemer, *Persona…*, op. cit., pp. 34-35.

Esta perspectiva *de lege ferenda* que reivindica la lesividad ha sido criticada por Silva Sánchez porque el Derecho Penal liberal del siglo XIX, que se pretende reconstruir ahora, "en realidad nunca existió como tal". Sin embargo, tampoco se debe aceptar sin reparos el proceso de desnaturalización del sistema de garantías del Derecho Penal, por lo que Sánchez plantea la asunción de un "Derecho Penal de dos velocidades". Se puede salvaguardar el modelo clásico de imputación y de principios para el núcleo duro de delitos sancionados con pena privativa de libertad, mientras que en sectores como el Derecho Penal económico puede aceptarse una flexibilización controlada de las reglas de imputación y de los principios político-criminales, principios susceptibles de una acogida gradual, que no tienen que integrarse con la misma intensidad en los dos niveles de Derecho Penal,[157] entre los que cabe incluir quizás el principio de exclusiva tutela de bienes jurídicos.

Estas reflexiones son de corta data en nuestro medio.[158] El principio de lesividad tiene acogida expresa en el artículo IV del Código de 1991 y en la jurisprudencia,[159] pero no se ha reflexionado sobre la necesidad de realizar una revisión de la Parte especial absolutamente consecuente con dicho principio,[160] o mediante una flexibilización de éste, como propone Silva Sánchez, o, más radicalmente, renunciando a él como baremo del Derecho Penal. Esta tarea es necesaria en sectores como los delitos económicos, donde es común la criminalización de simples infracciones administrativas, lo que vulnera además el principio de *ne bis in idem*; en el terreno de los delitos sexuales es necesario todavía excluir la tutela de valores morales como "pudor sexual" o la sanción de lo "obsceno"; en los delitos de funcionarios públicos hace falta identificar el interés protegido en los tipos de malversación de fondos y de enriquecimiento ilícito, entre otros ejemplos de infracciones aparentemente ayunas de lesividad.

Tal vez advirtiendo este problema de las legislaciones contemporáneas, considera Jakobs que puede intentar presentarse el Derecho Penal como protección de bienes jurídicos, pero sólo de modo bastante forzado, mientras que la teoría del Derecho Penal como protección de la vigencia de la norma demuestra su validez, según el autor, sobre todo en la teoría de los fines de la pena: "el hecho es una lesión de la vigencia de la norma, la pena es su eliminación".[161] Con ello Jakobs remarca su raigambre hegeliana. En el marco de las teorías absolutas, ya Hegel había sostenido que

---

[157] Silva Sánchez, *La expansión del Derecho Penal*, Madrid 1999, pp. 115, 116, 125.

[158] Caro Coria, "'Sociedades de riesgo' y bienes jurídicos colectivos", *Thémis*, 37/1998, pp. 195 ss.; *Derecho Penal del ambiente*, op. cit., pp. 5 ss.

[159] SCS de 05-12-1994, exp. 3374-93-B. Resolución de la Corte Suprema de 28-12-94, exp. 2900-94. SCS de 17-11-97, RN 5269-97. SCS de 20-04-99, RN 668-99.

[160] Véase PNUD-Ministerio de Justicia del Perú, op. cit. Dicha misión sólo recomienda, como segunda propuesta en materia de "acceso a la Justicia Penal", "una revisión de las penas, sobre todo en materia de delincuencia común, con el fin de acomodarlas a la importancia del bien jurídico protegido y permitir la resocialización. A corto plazo habría de derogarse la legislación especial".

[161] Jakobs, "¿Qué protege…?", op. cit., pp. 59-60.

el delito equivale a la negación de la voluntad general, mientras que la pena es la negación de dicha negación, es decir, la restitución de esa voluntad general;[162] de allí que el modelo de la prevención general estabilizadora de la norma surja vinculado a la retribución penal.[163]

En todo caso y como ya se advirtió, la insatisfactoria neutralidad del concepto "vigencia de la norma" favorece más bien el recurso a una orientación funcional moderada, de forma que la misión de una dogmática jurídico-penal apoyada en puntos de vista político-criminales "podría consistir en el futuro en abrir la puerta a la reforma de la legislación penal, en tanto que también critique el Derecho Penal vigente y el sistema social".[164] Si durante mucho tiempo no hemos podido evitar, parafraseando a von Kirchmann, que "tres palabras rectificadoras del legislador [conviertan] bibliotecas enteras en maculatura",[165] una perspectiva dogmática que mira desde la política criminal podrá convertirse en el baremo más importante en la reforma penal peruana permanentemente en curso y que se extiende al sector penal militar y penal de menores.[166]

21. Esta orientación no neutral debe reforzarse mediante la vinculación a un marco valorativo consensual y normativo como el impuesto por la Constitución y el sistema de derechos humanos.[167] En efecto, la actual fundamentación del Derecho Penal deriva de su sujeción a los derechos humanos y la Constitución,[168] así como al bagaje dogmático que se ha construido sobre estos cimientos.[169] Como precisan Berdugo y otros, existe amplio consenso en estimar que un poder del Estado como el punitivo tiene que tener definidos sus fines y, por tanto, los postulados o principios de su sistema de argumentación y de aplicación, tanto en fase legislativa como judicial, a partir de la definición y configuración que de ese poder del Estado realiza la Constitución.[170] La Constitución adopta pues un Programa Penal, es decir, un conjunto de

---

[162] Mir Puig, *Derecho Penal*, Parte general, 5ª ed., Barcelona, 1998, p. 47.

[163] Silva Sánchez, *Aproximación…*, op. cit., pp. 227-228. Berdugo y otros (op. cit., p. 26) estiman que estamos ante una actualización del pensamiento retributivo.

[164] Muñoz Conde. "Presente y futuro…", op. cit., pp. 50-51.

[165] Von Kirchmann, *Die Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft*, reimp. de 1960, p. 25.

[166] Caro Coria, *Lineamientos actuales y perspectivas de la política criminal en el Perú*, CEAS, Lima, 2002 (en prensa).

[167] Ollero Tassara, *Derechos humanos y metodología jurídica*, Madrid, 1989, pp. 149 ss., 213 ss.

[168] Zúñiga Rodríguez, *Política criminal*, Madrid, 2001, pp. 50 ss.; Ferrajoli, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid, 1995, pássim; *Derechos y garantías*, op. cit., pp. 15 y ss.; Wolter, "Derechos humanos y protección de bienes jurídicos en un sistema europeo del Derecho Penal", en *Fundamentos de un sistema europeo del Derecho penal*, Barcelona, 1995, pp. 37 ss.; "Problemas político-criminales y jurídico-constitucionales de un sistema internacional de Derecho Penal", en *Política criminal y nuevo Derecho Penal*, Barcelona, 1997, pp. 101 ss.; Nino, "La derivación de los principios de responsabilidad penal de los fundamentos de los Derechos Humanos", *Doctrina Penal*, 1989, pp. 29 ss.; Hurtado Pozo, "Derechos Humanos, bien jurídico y Constitución", *ADP 1995*, pp. 77-80.

[169] Santa Cruz, *Razonamiento jurídico-penal*, Lima, 2000, p. 23, 53 ss.

[170] Berdugo y otros, op. cit., p. 39.

postulados político-jurídicos y político-criminales que constituyen el marco normativo en cuyo seno el legislador puede y debe tomar sus decisiones, y en el que el juez ha de inspirarse para interpretar las leyes que le corresponda aplicar.[171] El juez penal se encuentra vinculado al marco valorativo previsto en la Constitución, el cual va más allá del contenido de normas propiamente penales, como las que reconocen el principio de legalidad (artículo 2.24.d), o el principio de *ne bis in idem* (artículo 139.3). Además, el carácter personalista[172] (artículo 1) y el modelo de Estado social y democrático de Derecho[173] (artículos 38, 43 y 44) que adopta la vigente Ley Fundamental conducen a una concepción del Derecho Penal como un instrumento de control al servicio de la persona humana, de forma que derechos constitucionales especialmente relevantes, como la igualdad (artículo 2.2) o la libertad y seguridad personales (artículo 2.24), al igual que principios democráticos como el pluralismo y la tolerancia, deben encontrar su realización a través del *ius puniendi*.[174]

El afianzamiento de estos postulados parece inevitable *de lege ferenda*. De ello da cuenta el anteproyecto de Ley de Reforma de la Constitución que, además de incorporar reglas específicas como la prohibición de la pena de muerte (artículo 1.1 *in fine*), el contenido del debido proceso (artículo 1.26), el deber de investigar las violaciones de derechos humanos (artículo 4), así como la imprescriptibilidad y exclusión de la amnistía, el indulto y el derecho de gracia frente a tales delitos (artículo 5), plantea elevar al máximo nivel del ordenamiento los "límites de la potestad punitiva del Estado" (artículo 2) y la "orientación de la política criminal y penitenciaria del Estado" (artículo 3).[175]

Pero, como se ha advertido, el reciente proyecto de Constitución de julio de 2002 que se viene debatiendo en el Congreso de la República del Perú es menos específico en cuanto a la consagración de garantías y principios propiamente penales, lo que no equivale a un relajamiento o renuncia a los ya previstos en la carta de 1993 o los planteados en el anteproyecto de abril de 2002. La orientación personalista del

---

[171] Ibídem, p. 40; Arroyo Zapatero, "Fundamento y función del sistema penal: el programa penal de la Constitución", *RJCLM*, 1/1987, pp. 97 ss.; García Rivas, *El poder punitivo en el Estado democrático*, Cuenca, 1996, pp. 43 ss.; Tiedemann, "Constitución y Derecho Penal", *REDC*, 33/1991, pp. 145 ss.; "La constitucionalización de la materia penal en Alemania", *ADP 1994*, pp. 59 ss.

[172] Berdugo Gómez de la Torre, "Derechos Humanos y Derecho Penal", en *Temas de Derecho Penal*, Lima, 1993, pp. 86-87.

[173] Mir Puig, *El Derecho Penal en el Estado social y democrático de Derecho*, Barcelona, 1994, pp. 29 ss.; "El sistema del Derecho Penal en la Europa actual", en *Fundamentos de un sistema europeo del Derecho Penal*, op. cit., p. 27; *Derecho Penal*, op. cit., pp. 74 ss.; Carbonell Mateu, *Derecho Penal: concepto y principios constitucionales*, 2ª ed., Valencia, 1996, pp. 79 ss. Así, en nuestro medio, el reciente trabajo de Castillo, op. cit., pássim.

[174] Bernal del Castillo, *La discriminación en el Derecho Penal*, Granada, 1998, pp. 5 ss.

[175] Véase Comisión de Constitución, Reglamento y Acusaciones Constitucionales, "Anteproyecto de Ley de Reforma de la Constitución [texto para el debate]", Lima, 5 de abril de 2001.

proyecto (artículos I y 1) y la asunción del modelo de Estado social y democrático de Derecho (artículos IV, IX y 65 principalmente), así como la incorporación de múltiples cláusulas garantistas de carácter penal (artículos 2.24-27, 51, 191.3, 201, entre otros), manifiestan una clara tendencia a mantener la máxima fuerza normativa de tales principios penales que permitirán seguir controlando la expansión penal en el Perú. Ello hace necesario compatibilizar la permanente adaptación de la legislación penal con este proceso de reforma constitucional.

Cecilia Caballero Lois (Brasil) *

A Teoria Constitucional no limiar do século XXI: mudança política e crise de racionalidade **

Tendo sua origem teórica situada em Aristóteles e a matriz política na Idade Média, o constitucionalismo nasce liberal e adquire conotações formalistas quando rompe com os primados do liberalismo. O debate em torno dos elementos que formam a Teoria da Constituição ganha maiores contornos teóricos na juspublicística alemã no final do século XIX e início do século pretérito, quando foram publicados os trabalhos de Jellinek e Kelsen, representantes maiores do positivismo constitucional, porém a noção restritiva que assume esta forma de constitucionalismo vai sofrer duras críticas, especialmente no período weimariano (1919-1933), a partir de quando foram formulados os alicerces de um movimento que se costuma chamar de teoria material da Constituição. Esse movimento propiciou uma maior abertura epistemológica para a compreensão do fenômeno constitucional, cuja característica unificadora formula-se a partir da recepção teórica da complexidade que permeia as relações entre a Constituição, o Estado e o poder político, inserindo, para o interior do debate, as idéias de cultura e necessidade de concretização da Constituição.

Como não poderia deixar de ser, as mudanças de orientação política e teórica no entendimento da Constituição levaram a uma transformação do horizonte e das possibilidades de análise e compreensão do sistema constitucional, bem como a uma necessidade de revisão metodológica, visando a abranger as novas posturas nele encontradas. E, como corolário lógico, ao serem incorporados novos métodos de análise, outros temas —tais como a idéia de interpretação, de diferenciação entre regras e princípios, da concepção dos direitos fundamentais, da reformulação do princípio da proporcionalidade e da idéia de constituição como processo aberto— passaram a adquirir maior relevância, a ponto de serem identificados como elementos dos quais a

---

* Doutora em Direito. Professora da Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC).

** Este texto foi desenvolvido a partir das considerações finais do segundo capítulo de minha tese de doutoramento, momento em que esboço uma configuração da Teoria Constitucional durante o século XX. (Cf. Lois, 2001).

teoria constitucional se ocupa, e a partir de onde se pode postular o desenvolvimento de uma democracia constitucional. Essas transformações merecem análise cuidadosa.

Uma das questões nodais que polarizam o debate em torno da teoria material da Constituição consiste no reconhecimento da profunda transformação por que passou a metódica da interpretação constitucional e as funções a ela atribuídas, processo esse marcado por três momentos distintos na tradição germânica. Inicialmente, foi tratada a questão metódica como mera operação de subsunção lógica, que não distinguia entre problema material e problema formal, prendendo-se aos postulados kelsenianos, sendo que nessa linha de raciocínio, esse entendimento reduzia a metodologia interpretativa constitucional e o seu instrumento de viabilização (jurisdição constitucional) a um mero exame da noção da supremacia da norma constitucional dentro da ordem jurídica (Vieira,1996: 37).

Um segundo momento marcante na transformação da teorização acerca da interpretação constitucional, consiste no debate travado entre Smend —a partir da idéia de unidade de cultura e de sistema de valores— e Heller —que vê no mundo da vida que circunda a constituição uma outra dimensão que interage com a constituição jurídica, vivificando-a. Assim, enquanto Smend considera a Constituição o objeto de ordenação política dos processos de integração do Estado, considerando a mesma como a concretização normativa destes processos (Smend, 1985: 132), Heller quer da Constituição a preocupação precípua com a sua própria permanência e com a constituição de uma normatividade que contribua para a programação futura de regras sociais que, por si, garantam a unidade e preservação do Estado (Heller, 1998: 317 e ss.).

Este debate propiciou uma radical transformação na forma de conceber a interpretação constitucional, já que, pela primeira vez, o intérprete encontrava-se vinculado à concretude da realidade circundante. Assim, a República de Weimar, palco destas contendas, acabou por influenciar toda uma geração de juristas que, após a segunda guerra mundial, passaram a reconstruir a teoria material da Constituição em uma chave mais abrangente do que a que percebia o espaço de transformação constitucional através do reconhecimento de que a Constituição era efetivamente —e a despeito do que defendiam os positivistas liberais— um instrumento de regulação política e não somente jurídica do Estado.

Por fim, e como desdobramento das idéias de seus predecessores, a configuração metodológica da teoria material da Constituição se completa com as proposições renovadoras da chamada nova hermenêutica que tem como maiores representantes (no interior do debate germânico) Hesse, Müller e Häberle. O que todos eles têm em comum é a rejeição aos métodos e fórmulas tradicionais de interpretação, lançando novas luzes sobre o debate constitucional, colocando velhas questões sobre novos aspectos, renovando o direito constitucional e, ao mesmo tempo, consolidando a teoria material da Constituição.

Todas essas transformações propiciadas pela abordagem material levam a crer que a interpretação constitucional possui uma importância decisiva em qualquer siste-

ma democrático, especialmente naqueles que contam com uma jurisdição constitucional (Pérez-Luño, 1999: 249). Importância que cresce ainda mais à medida que as postulações dos neoconstitucionalistas vêem na exacerbação da função dos Tribunais Constitucionais um movimento de jurisprudencialização do direito constitucional,[1] evidenciado principalmente através das sentenças interpretativas.[2]

As transformações das funções atribuídas à interpretação constitucional e a necessidade por ampliar a dimensão de proteção dos preceitos constitucionais ganharam maior repercussão, no interior da teoria material da Constituição, a partir do reconhecimento das normas (em especial, das constitucionais) como gênero do qual as regras e princípios representam subespécies dotadas de mesma eficácia normativa. Esta diferença foi inicialmente elaborada, com bastante precisão, por Ronald Dworkin, ao reconhecer, tanto nos princípios quanto nas regras, a capacidade de impor obrigação legal, tendo ganhado maior impacto na doutrina alemã a partir da obra de Robert Alexy que, nesse particular, sob outra roupagem, reproduz-lhe os fundamentos.

Dessa forma, as regras e princípios, em decorrência de sua normatividade, devem ser formulados a partir de sua estrutura deôntica, diferenciando-se quanto a sua estrutura lógica e às possibilidades de aplicação. Assim, as regras, por encontrarem-se circunscritas em pressupostos de fato, concretizam-se através da lógica da subsunção. Já os princípios, em razão da impossibilidade de pré-determinação dos fatos regulados, somente se concretizam após a realização de um procedimento prévio de determinação de seu alcance, processo no qual o seu sentido será estabelecido tendo em vista a resolução do problema para o qual se dirige.

A interpretação e o esforço para conferir eficácia jurídica direta e vinculante aos princípios, ganham maior proeminência ao serem utilizados para a elaboração de um sistema de direitos fundamentais, outra temática central para Teoria Constitucional. A concepção substancializadora da constituição, para além dos direitos de liberdade originariamente reconhecidos pelo constitucionalismo liberal, visa a tutelar, igualmente e sob alvedrio de diferentes institutos jurídicos, todo o leque de direitos positivados explícita e implicitamente no ordenamento jurídico-constitucional. Esses direitos são os resultantes das reivindicações das diferentes gerações de direitos humanos.

---

[1] Segundo José Ribas Vieira (1996: 36), *não precisaríamos aprofundar mais nossa análise para indicar que se depara, atualmente, diante de uma nova forma de "dizer" o direito. Este surge com toda a pujança não de uma estrutura codificada, mas sim de uma perspectiva, cada vez maior, de sentido jurisprudencial. Sem dúvida nenhuma, nesse quadro de valorização de papel do juiz que há um fortalecimento da força dos instrumentos interpretativos*.

[2] Expressão usada por Perez-Luño (1999) e que será adotada aqui, querendo significar a importante mudança que vem ocorrendo na concretização do direito constitucional e que tende a aproximá-lo do sistema americano, pois, muito mais que mera interpretação —entendida no sentido de esclarecimento— as sentenças interpretativas *dizem o que diz a Constituição.*

Dessa forma, o sistema de direitos fundamentais com o qual se ocupam os constitucionalistas, em especial os representantes da teoria material da Constituição, constrói formulações teóricas acerca da eficácia jurídica e social dos direitos, da elaboração de garantias institucionais e de mecanismos processuais. Reivindicá-los perante o Estado e a sociedade demonstra a intangibilidade do núcleo essencial dos direitos e liberdades constitucionais (visão substancialista dos direitos fundamentais) e a sua irrenunciabilidade, o que, segundo Häberle, confere aos direitos fundamentais uma dimensão objetiva (institucional). A garantia/reivindicação dos direitos fundamentais acaba por transcender a esfera de liberalidade do indivíduo, uma vez que a sua salvaguarda interessa a toda a coletividade.

A existência de uma convivência conflituosa entre os diferentes direitos constitucionalmente reconhecidos e, ainda, entre os princípios que compõem o ordenamento jurídico, na teoria material da Constituição alberga-se no desenvolvimento do princípio da proporcionalidade. Este último assumiu uma importância crucial na última década, embora sua origem se confunda com a idéia de separação dos poderes. Guerra Filho (1989: 71) esclarece que

> a idéia subjacente de "proporcionalidade", noção dotada atualmente de um sentido técnico no direito público e teoria do direito germânicos, ou seja, a de uma limitação do poder estatal em benefício da garantia da integridade física e moral dos que lhe estão sub-rogados, confunde-se em sua origem, como é fácil perceber com o nascimento do moderno Estado de direito, respaldado em uma constituição, em um documento formalizador do propósito de se manter o equilíbrio entre os diversos poderes que formam o Estado e o respeito mútuo entre este e aqueles indivíduos a ele submetidos, a quem são reconhecidos certos direitos fundamentais inalienáveis.

Com efeito, o princípio da proporcionalidade —que surgiu no direito administrativo— ao entrar no campo constitucional, vai suplantar uma série de questões tidas como essenciais no constitucionalismo clássico, e provocar uma verdadeira revolução copernicana. Desfalcará a teoria da divisão dos poderes do controle meramente material e suplantará a idéia de controle da legalidade pelo controle da materialidade ou da constitucionalidade, concretizando definitivamente o constitucionalismo material. De fato, o objetivo fundamental desses mecanismos clássicos, tal como anteriormente fixado, consistia na proteção do indivíduo. Essa função começou a ser exercida pelo princípio da proporcionalidade ao vincular-se à proteção dos direitos fundamentais —no caso da coalizão de direitos— buscando delimitar a ação do Estado para garantir, assim, de modo eficiente, a liberdade.

Todos esses elementos concorrem para a construção da idéia de abertura constitucional e procedimentalização da constituição. Ganham maior força a partir do final da década de sessenta, num movimento que conduz à constitucionalização de mecanismos processuais que tinham como objetivo a materialização e, por conseguinte, a proteção dos direitos fundamentais. Aparece, assim, pela primeira vez na história constitucional, o reconhecimento de determinados institutos notadamente processuais na Constituição. Tal fato leva a uma aproximação entre Constituição e processo, o

qual passa a ser tratado como uma espécie de direito constitucional aplicado. Essa aproximação encerra dois sentidos distintos: o da necessidade de desenvolvimento das garantias institucionais e processuais na Constituição para lhe dar efetividade, e o da afirmação da Constituição como processo aberto às contingências sociais (Guerra Filho, 1989: 10).

Os pressupostos para a construção da noção de Constituição como processo foram lançados no constitucionalismo de Weimar —a partir da categoria de integração política de Smend, que exigia um processo de legitimidade sempre atualizado, a partir das possibilidades de realização social. Elaborou também a idéia da construção acerca da normatividade-normalidade de Heller, que exigia uma compreensão necessária da normatividade como oriunda e voltada para a normalidade. Essa guinada, contudo, foi decisivamente proporcionada por Hesse, que lançou as principais contribuições à formulação do conceito que será efetivamente individualizado e aprimorado, no final da década de setenta, por Häberle, para quem

> A idéia de norma vinculada à produção estatal, de forma abstrata e generalizante é substituída pela concepção de que a normatividade veiculada pelas instituições é constituída pela esfera pública (por isso, a busca do bem comum) e é axiologicamente orientada (busca da justiça), e seu grau de legitimidade aumenta na proporção em que o teor da prescrição tenha se processado à luz das exigências do pluralismo, ou seja, tenha sido resultado de um processo de *livre* discussão no qual houvesse sido oportunizado o entrechoque de diferentes possibilidades e tivessem sido levados em conta os interesses em tela (*busca da verdade*) (Bastos Jr., 2001: 13).

A partir destes levantamentos pontuais, faz-se necessário levantar algumas reflexões. Como não poderia deixar de ser, a primeira questão que aparece é a manutenção da idéia —gerada ainda no pensamento contratualista— da necessária unidade e consenso sob o qual deve erguer-se uma Constituição, que será mantida em todos os momentos posteriores. Enquanto no contratualismo essa unidade era indispensável para a instituição do Estado, no positivismo kelseniano a noção de unidade representada pela norma era a fonte de manutenção, sustentação e legitimidade do sistema, e, no constitucionalismo material, notadamente mais aberto e democrático, esta necessidade de unidade permanece e adquire contornos bem mais difíceis de ser identificados, pois sustentam-se na noção de cultura, valores e direitos fundamentais como uma ordem homogênea necessária.

O único autor que se aproxima da percepção dessa armadilha do constitucionalismo material é Häberle. Mas, ainda que expresse seu desejo de romper com o contratualismo de Rousseau e estabelecer uma democracia de cidadãos, não atinge seu objetivo e acaba por formular uma teoria que reforça ainda mais o consenso. Bonavides (2001: 472) faz ver que *por mais que diga o contrário, o constitucionalista alemão não logra desfazer-se do filósofo do Contrato Social, e a sua "democracia de cidadãos" é uma recaída num conceito que o pensador, em busca de unidade, aperfeiçoara, ao descobrir a noção de povo como essência e expressão da célebre vontade geral*.

Com efeito, pode-se afirmar que a grande revolução no constitucionalismo começa a delinear-se a partir de Smend. Se tal transformação teve conseqüências positivas, há que se considerar que teve, também, efeitos perversos, porque o autor não rompe com uma noção importante, que está na base da Teoria Constitucional desde a sua concepção enquanto pensamento constitucional, que é a idéia de unidade —ou possibilidade de obtenção dessa unidade— que, se no liberalismo era representada pela noção de contrato, e na teoria formal da Constituição pela idéia de norma jurídica, na teoria material da Constituição o será pela noção aberta e indefinida da idéia de cultura, enquanto espaço livre da luta política.

Ocorre que esse novo papel que a jurisdição constitucional é chamada a exercer, não pode ser compreendido de forma isolada como uma transformação na realidade fenomênica da própria teoria constitucional, mas é resultado de um conjunto de elementos que transcendem o seu objeto específico (a Constituição e a sua operatividade). Exigem, continuamente, que seja repensado e redimensionado, inclusive no que diz respeito às suas funções intrínsecas. A indissociável relação entre Estado e Constituição já havia sido preconizada por Jellinek. Contudo, foi a partir de Smend e Heller que essa co-implicação passou a ser postulada como premissa necessária para a compreensão da dimensão jurídica do Estado e para a formulação acerca da natureza e função da Constituição. Evidenciou-se a interpenetração e a estreita vinculação existente entre a Constituição e a realidade circundante e, por sua vez, entre a teoria constitucional e a filosofia política.[3]

A nova hermenêutica desenvolvida a partir da década de 70 do século XX, portanto, encontrava-se em estreita consonância com o debate travado acerca da implementação do Estado social. Suas sucessivas correções e aprimoramentos teóricos acabaram por reproduzir, para o interior do debate constitucional, a crise do *Welfare State* e da ineficácia dos direitos fundamentais, além do debate, ainda mais atual, acerca da soberania estatal (nacional) frente à transferência da esfera de decisão do poder estatal para esferas autônomas intra e interestatais.

A questão, portanto, desloca-se da problematização acerca da função a ser atribuída à Teoria da Constituição, para a percepção dos fenômenos que se espelham na Constituição, e sobre que concepção de Estado pode ser formulada ante as profundas alterações face à dupla crise que vem atravessando: a crise da racionalidade e a da legitimidade. Esta crise decorre, segundo Goyard-Fabre (1999: 296), de um *choque entre imperativos de regulação inconciliáveis*, que exige um processo de contínua revisão dos seus próprios fundamentos, enquanto que a *crise de legitimidade*, por sua vez, põe em cheque a própria identidade do sistema, visto que *provém do fato de a opinião pública, abalada em suas próprias bases, já não dar sua adesão às regu-*

---

[3] Foi essa vinculação que marcou o debate em torno da substancialização da Constituição e que contrapôs, em um primeiro momento, formalistas e materialistas.

lações que formalizam o direito constitucional e as leis positivas. A dificuldade para formar, no plano político, um *consenso relativo aos valores éticos, aos ideais políticos e mesmo aos interesses sociais* (Goyard-Fabre, 1999: 299), desestabiliza a teoria material da Constituição, posto que abala a concepção de unidade em torno da cultura, perspectiva epistemológica que marca o cerne da compreensão do sistema constitucional e da operatividade da Constituição e da realidade cultural circundante.

Nessa direção, a Teoria da Constituição necessita, então, ser redimensionada a fim de dar conta de diferentes desafios que se lhe apresentam, quais sejam: a) o problema do multiculturalismo em relação à função de unidade e integração da lei constitucional; b) o problema da criação de ordens jurídicas supranacionais autônomas e dotadas de precedência sobre o ordenamento jurídico interno; c) a progressiva ideologização das constituições e a ampliação de suas inúmeras promessas não-cumpridas; d) o problema da personalização do poder (legitimidade pessoal —e não constitucional— que no Brasil toma proporções alarmantes), concorrendo para uma constitucionalização aparente e a negação do Estado de direito; e) o problema da frustração e a perda da vontade de constituição que o mito da revolução através da lei, sem a efetiva inversão de prioridades políticas, pode desencadear.

Diante desse quadro, o próprio sentido da Constituição encontra-se seriamente ameaçado, posto que a Constituição se vê crescentemente incapacitada de regular as relações às quais se destina, deixando, inclusive, de ser reconhecida pelo Direito como fundamento de validez do ordenamento jurídico. O neoconstitucionalismo vê na atuação dos Tribunais Constitucionais o caminho para a superação das perplexidades apontadas, proclamando a suplantação de uma teoria constitucional doutrinária em favor de uma Teoria Constitucional notadamente pragmática, legitimada a partir de uma adequada ponderação entre interesses conflitantes postos em jogo perante a *praxis* da jurisdição constitucional. Acosta Sánchez (1998: 58) refere-se a esse fenômeno como

> uma mutação de importância semelhante à que tiveram na história a aparição do Direito escrito, o direito positivo e o direito constitucional mesmo, e o decrescente papel do direito constitucional formal. O primeiro é material, por seu modo de criação, alheio às formas prescritas pela constituição, mas nasce do direito constitucional formal, é sua prolongação lógica.

Trata-se de um direito constitucional sustentado na idéia de *living constitution*, originária do constitucionalismo americano,[4] concepção essa que reflete a aproximação crescente entre a jurisprudência da Suprema Corte estadunidense e os Tribunais Constitucionais dos países da Europa continental (inclusive, do Brasil). Para Acosta Sanchez, pode-se recorrer ao funcionamento, estrutura e competência do poder judi-

---

[4] A idéia de constituição vivente que perpassa a tradição constitucional norte-americana associada à teoria institucionalista de contornos franceses —Hauriou— havia sido parcialmente incorporada ao debate germânico a partir da concepção sociológica de constituição de Heller, redimensionada pela processualidade constitucional de Häberle (Bastos Jr., 2001: 52-64).

ciário americano, no que tange à interpretação da Constituição,[5] por retratar uma experiência bem mais antiga e mais bem sucedida que a européia, posto que dotada de "certa racionalidade" —embora no sistema americano os limites da interpretação constitucional não sejam pacíficos.[6]

A formulação teórica de que se valem os neoconstitucionalistas resulta da observação do papel da Constituição e da Emenda XIV da construção jurisprudencial norte-americana e apresenta-se como aplicável à realidade européia ante a observação da atuação jurisdicional e garantística dos Tribunais Constitucionais europeus, dotados, em sua grande maioria, de Constituições formuladas ainda na primeira metade do século passado.

O direito constitucional americano, devido à dificuldade de modificação da Constituição —o chamado *amending power*— e do papel da Suprema Corte como produtora do direito, acabou por destituir de relevância o texto escrito no qual se encontra assentada a Constituição. Por isso mesmo, o direito constitucional há muito deixou de ser a interpretação da Constituição, posto que se tornava bastante difícil sustentar determinadas decisões, tomando-se como referência a Constituição escrita. Desta maneira, na América contemporânea, pode-se afirmar que *o direito constitucional é, praticamente, o produto do exercício do poder de revisão judicial das leis. Existe uma opinião compartilhada pelos membros da Suprema Corte e numerosos estudiosos sobre a essencial irrelevância da constituição para o direito constitucional* (Acosta Sánchez, 1998: 59).

Esse fato faz com que Acosta Sanchez se reporte ao direito constitucional como um *direito constitucional sem Constituição* que somente em alguma medida faz re-

---

[5] Importa salientar uma significa diferença entre as duas tradições constitucionais, consistente no fato de que a principal característica do sistema insular e, por herança, do sistema americano, é a sua abertura e a idéia de construção constante da Constituição. Isso faz, por exemplo, que a sua matriz positivista —representada por Hart— seja bem mais ampla e, portanto, bem mais apta a configurar a realidade do que a matriz positivista continental —representada por Kelsen.

[6] Pelo contrário, o debate é marcado por uma diferença profunda entre interpretativistas e não interpretativistas, o que no fundo é um debate sobre divisão de poderes, regra da maioria e democracia. Os interpretativistas, que sustentam a *original understandig* ou *framers intent e* tentam reconstruir a obra dos *founding fathers* (que por sua vez deveria levar ao restabelecimento da regra da maioria como instância democrática), atribuem à Constituição o papel de limitar o poder político estatal, afirmam a superioridade do legislativo e atribuem a possibilidade de fiscalização pelo judiciário somente em casos excepcionais, ou seja, quando exista uma afronta clara à Constituição, cuja única função é procedimental, pois se constitui basicamente num instrumento do governo. O mais conhecido representante desta postura é John Hart Ely. Já os não interpretativistas (ou liberais), cujo discurso é dominante na atualidade, atribuem à Constituição um significado que vai além do texto. A Constituição se lhes apresenta como um projeto que deve valer-se de valores materiais tais como a liberdade, a igualdade e a justiça, sendo que interpretar a Constituição é sempre uma questão política que deve estar pautada por princípios morais, concretizados pelo juiz. O representante mais conhecido e que mais tem contribuído para oferecer a racionalidade teórica necessária nos liberais é Ronald Dworkin, cujas contribuições estudar-se-á a seguir. Antes, contudo, é necessário efetuar algumas considerações importantes.

ferência ao texto escrito, recorrendo a ele como mero expediente retórico, referindo-se à utilização da Emenda XIV como plataforma através da qual é postuladas a tábua de direitos fundamentais naquele país. Lucas Verdú (1994: 72-78), com bastante argúcia, questiona o perigo dessa concepção jurisprudencial, em face do irracionalismo que pode engendrar, uma vez que os argumentos levantados em favor da permanência da função integradora e cogente da constituição concorrem para o suicídio da liberdade, em face da inexistência de mecanismos que garantam a salvaguarda e o controle das decisões decorrentes dos *Tribunais constituintes*. Não obstante os diferentes matizes epistemológicos, já se lançavam, portanto, críticas desse jaez contra os desenvolvimentos da teoria material que propugnavam a interpretação aberta da constituição a partir da inserção de diferentes *topói*. Pérez-Luño (1991: 262) assinalava, então, que:

> os aportes da tópica no plano da interpretação constitucional, não podem ser acolhidos sem reservas. Assim, quanto à idéia da concretização, se tem destacado o perigo que pode vir a dissolver a interpretação constitucional em uma casuística que comprometa a própria normatividade da Constituição.

Inclusive foi com o intuito de conferir *racionalidade* à metódica constitucional que Friedrich Müller formulou a sua *teoria estruturante do direito*. Pretender, portanto, recuperar a *normatividade perdida* através do esvaziamento de sentido material da Constituição e do reforço da necessidade de produzir consenso através do caráter prudencial das decisões das Cortes Constitucionais pode resultar na dissolução completa da própria função regulatória da Constituição.

Superar as crises por que atravessa a Teoria da Constituição, e, por conseguinte, o Direito e o Estado, nos termos assinalados por Dobrowolski (2000: 302-306), é algo que deve ser feito a partir do reconhecimento da imprescindibilidade do Estado e da própria Constituição.[7] Deve-se, portanto, buscar elementos teóricos (e não negá-los) para que as conseqüências nefastas que a *ineficácia social das normas constitucionais* geram possam ser superadas. Deve-se redimensionar o papel garantidor e limitador que a modernidade conferiu à Constituição, desde as teorizações do contratualismo até a formulação da teoria material da Constituição.

Lucas Verdú (1994: 103-108) vê no reconhecimento da função estimativa dos valores constitucionais, a pedra de toque nesse processo de refundação da Teoria Constitucional, por entender que somente através da consolidação de um *sentimento constitucional* é que se pode alcançar um enraizamento cultural dos valores constitucionais. E é esse enraizamento que representa a garantia objetiva mais efetiva contra o desvirtuamento constitucional.

---

[7] Apesar de o autor valer-se de categorias diferenciadas concernentes à concepção de crise — concebidas a partir de uma tríplice dimensão: a crise de legalidade, do Estado social e da soberania— as conclusões a que chega só vêm reforçar as proposições esposadas neste trabalho.

A crise de racionalidade gerada pela tentativa de responder a questões práticas, utilizando um instrumental teórico que não está apto (em complexidade epistemológica) a fazê-lo, visto que os métodos foram deslocados do direito privado para o direito público, criaram uma grave crise de racionalidade que obrigou a revisão, incitou a criação de novas possibilidades interpretativas e argumentativas —como foi o caso da tópica—, tendo como força motriz a realização dos direitos fundamentais. Tentou-se, assim, responder à especificidade de um método voltado para o direito constitucional e que deve, ainda, conduzir à uma interpretação justa e, mais importante de tudo, fundamentar este resultado de forma racional e controlável. Esta é a real importância do método: o controle das decisões.[8] A tópica, entretanto, não oferece a segurança que o sistema constitucional exige pois, tal como diz Bonavides (2001: 455), ela parece não impor limites à criatividade, produzindo exageros capazes de levar à impossibilidade teórica de oferecer segurança as decisões em seara constitucional.

Em que pesem, entretanto, os desafios epistemológicos enfrentados pela tópica, há em curso, sem dúvida, uma nova postura interpretativa que leva em consideração elementos importantes desprezados pelo constitucionalismo formalista. Aparecem, dessa forma, preocupações com a linguagem que dá ênfase à pragmática, conduzindo o direito constitucional a procurar uma teoria da linguagem ordinária, que *sempre procura uma forma de estabelecer um diálogo entre posições teóricas opostas, para chegar ao acordo possível entre elas, o que decorre de sua determinação fundamental em conciliar teoria e prática* (Guerra Filho, 1989: 43). A pragmática sempre foi a marca teórica dos sistemas constitucionais inglês e americano, conduzindo a uma postura bem mais aberta, a chamada textura aberta do direito, permeada pelo contexto no qual está inserida. E esse contexto seria o único limite à interpretação, trazendo para a discussão autores de matrizes epistemológicas diversas, como Hart.

Por outro lado, ainda que tenha recebido profundas críticas e destoe completamente de seus contemporâneos, o único que efetivamente denuncia o caráter totalitário do chamado "consenso democrático" —mas que já teve diversas denominações no constitucionalismo material (normalidade em Heller, valores anteriormente vividos em Smend, cultura em Hesse e Häberle e realidade circundante em Müller)— é Carl Schmitt. Diz Schmitt que o momento anterior, necessário à construção de uma Constituição ou, por assim dizer, de uma pré-compreensão necessária à interpretação constitucional, é uma decisão que é produzida por quem tem condições materiais de produzi-la naquele momento, ou seja, é sempre uma questão de poder, ou melhor, de quem tem condições de decidir no momento específico de exceção. Dessa forma,

---

[8] Tal como já foi visto, para dominar o problema apareceram vários métodos, tais como o tópico concretizante, o hermenêutico, o científico espiritual, o estruturante, entre outros que, entretanto, permanecem num campo aberto à reflexão.

> a idéia de legitimidade, recolocada no âmbito da razão prática, remete à contingência das "escolhas iniciais" que seu funcionamento supõe. A razão é sempre "razão decidida" e, como tal, sempre parcial, já que toma partido. Portanto, a legitimidade política tanto quanto o direito que estrutura o Estado encontram suas raízes nas "formas fundamentais do discurso racional que supomos em cada decisão" (Goyard-Fabre, 1999: 300).

Portanto, a Teoria da Constituição que se espera, deve revestir-se de elementos da filosofia constitucional, a fim de que, como destaca Canotilho (1999: 1246), exerça uma dupla função: teoria científica —*porque procura descrever, explicar e refutar os fundamentos, idéias, postulados, construção, estruturas e métodos (dogmática) do direito constitucional*— e teoria [filosofia] política, *porque pretende compreender a ordenação constitucional do político, através da análise, discussão e crítica de sua força normativa, possibilidades e limites do direito constitucional.*

A discussão acerca dos fundamentos e dos critérios de correção, como possibilidade de crítica e controle dos descaminhos da concretização constitucional, é veementemente ressaltada por Moraes (2000: 14) ao se questionar sobre o papel a ser desempenhado pela Constituição frente aos novos desafios da contemporaneidade.

> Por que constituição se não para expressar estas preocupações e definir algumas *regras do jogo*, não para impedir que este se estabeleça e desenvolva, mas para assegurar que serão os próprios jogadores os titulares da ação de jogar, sabedores das circunstâncias, das garantias e dos riscos que envolvem tal ato, não ficando à mercê de eventuais poderosos, ou mesmo de maiorias constituídas aleatoriamente com a utilização de instrumentos político-midiáticos.

Tem-se, assim, um campo aberto para pensar a Constituição e suas funções no Estado a partir de premissas distintas que partem de uma questão comum, ou seja: o que se tem até agora está teoricamente esgotado, é preciso ir além, é preciso procurar alternativas de respostas a essas demandas. Esse momento é retratado de forma bastante sugestiva por Lucas Verdú, para quem o direito político (que, na tradição espanhola, abrange a Teoria da Constituição) e a Constituição atravessam uma encruzilhada, que exige uma profunda redefinição conceitual do direito, questão retratada pela alegoria do renascimento de *Fênix* (*palingenesia*) que, ao encerrar seu ciclo existencial, desintegra-se em cinzas para, então, lançar-se renovada, sem contudo, ter desnaturada a sua essência. Por isso, o autor, em resposta ao questionamento inicial acerca do futuro do constitucionalismo, conclama pela *palingenesia iuris politici*.

Referências bibliográficas

ACOSTA SÁNCHEZ, José, "Transformación de la Constitución en el siglo XX", *Revista de estudios políticos*, Madrid, Nueva Época, abril-junio 1998, n.º 100, p. 57-100.

BASTOS JR., Luiz Magno Pinto, *Constituição como processo – categoria central da teoria constitucional de Peter Häberle*, dissertação de Mestrado, Centro de Pós-Graduação e Direito, 151 f., Florianópolis: UFSC, 2001.

BONAVIDES, Paulo, *Curso de direito constitucional*, 11ª edição, São Paulo, Malheiros, 2001.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *Estado de Direito*, Lisboa, Gradiva, 1999.

DOBROWOLSKI, Sílvio (org.), *A Constituição no mundo globalizado*, Florianópolis, Diploma Legal, 2000.

GOYTARD-FABRE, Simone, *Os Princípios filosóficos do direito político moderno* (tradução Irene A. Paternot), Coleção Ensino Superior, São Paulo, Martins Fontes, 1999.

GUERRA FILHO, Willis Santiago, *Teoria processual da Constituição*, São Paulo, Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 2000.

HÄBERLE, Peter, *Hermenêutica constitucional – a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da constituição* (Tradução de Gilmar Ferreira Mendes), Porto alegre, Sérgio Antônio Fabris Editor, 1997.

HELLER, Hermann, *Teoría del Estado* (traducción de Luis Tobio, edición y prólogo de Gerhart Niemeyer), 2ª edición en español, México, Fondo de Cultura Económica, Sección de obras de Política y Derecho, 1998 (1934).

LOIS, Cecilia Caballero, *Uma Teoria da Constituição: justiça, liberdade e democracia em John Rawls*, tese de Doutorado (Centro de Pós-Graduação e Direito), 376 f., Florianópolis, UFSC, 2001.

LUCAS VERDÚ, Pablo, *La Constitución en la encrucijada: palingenesia jus politici* (discurso de ingresso en la Academia de Ciencias Morales y Políticas de España), Madrid, Universidad Complutense de Madrid, 1994.

PÉREZ-LUÑO, Antonio Enrique, *Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución*, 4ª edición, Madrid, Tecnos, 1991.

SCHMITT, Carl, *Teoría de la constitución* (introducción de Francisco Ayala), reimp., Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, Serie C: Grandes Tratados Generales de Derecho Privado e Publico, vol. III, s/d..

SMEND, Rudolf, *Constitución y Derecho Constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1985

VIEIRA, Oscar Vilhena, A Constituição e sua reserva de justiça – um ensaio sobre os limites materiais ao poder de reforma, São Paulo, Malheiros Editores, 1999.

II. Derecho Procesal Constitucional

- *José Antonio Rivera S. (Bolivia)*
  El amparo constitucional contra sentencias judiciales con autoridad de cosa juzgada. Una perspectiva del tema en Bolivia

- *Eduardo Ferrer Mac-Gregor (México)*
  Hacia un Derecho Procesal Constitucional local en México

- *Roberto Stocco (Argentina)*
  Derecho Procesal Internacional: el Departamento de Cooperación Internacional de la Suprema Corte de Justicia de Mendoza (República Argentina) como factor movilizador de la asistencia judicial internacional. Actualización

- *Gisela Maria Bester Benitez (Brasil)*
  O controle de constitucionalidade jurisdicional nos países do Mercosul e a amplitude democrática do acesso à justiça constitucional.
  Análise comparativa no âmbito do direito processual constitucional

José Antonio Rivera S. (Bolivia) *

El amparo constitucional contra sentencias judiciales con autoridad de cosa juzgada. Una perspectiva del tema en Bolivia

I. Planteamiento del problema

Desde la finalización de la Segunda Guerra Mundial, en América se ha logrado un significativo avance en materia de promoción y protección de los derechos humanos, en el marco de un sistema interamericano que incluye los instrumentos internacionales adoptados por los Estados parte de la OEA, así como los organismos especializados como la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

De otro lado, en el ámbito interno, los diferentes Estados americanos han logrado avances importantes en la materia, restableciendo los gobiernos democráticos frente a las dictaduras militares; incorporando en su legislación interna las declaraciones, convenciones y tratados sobre derechos humanos; y, en algunos casos, adoptando el sistema concentrado de control de constitucionalidad, lo que ha significado la creación de Tribunales o Cortes Constitucionales, organismos especializados que ejercen funciones de control normativo; control del ejercicio del poder político; y la protección de los derechos humanos a través de acciones tutelares como el hábeas corpus, el amparo constitucional y el hábeas data.

En consecuencia, paralelamente a la positivización se ha generado un proceso de judicialización de los derechos humanos; de manera que, frente a los actos o decisiones ilegales e indebidos de funcionarios o autoridades públicas, incluidas las judiciales, que los suprimen o restringen, se activan las garantías jurisdiccionales, como son las acciones tutelares, para otorgar la protección inmediata, eficaz e idónea.

---

* Profesor de Derecho Constitucional en la Universidad Estatal. Magistrado suplente del Tribunal Constitucional de Bolivia. Autor de cuatro libros y numerosos ensayos en materia de Derecho Constitucional y Derecho Procesal Constitucional y Derechos Humanos.

Ese proceso ha generado, entre otros, un debate casi generalizado sobre la procedencia del amparo constitucional contra las sentencias judiciales con autoridad de cosa juzgada. El debate ha adquirido la intensidad que se justifica dada la importancia del tema y, como es de suponer, ha generado dos corrientes de pensamiento: una denominada *negativa*, es decir, opuesta a la procedencia del amparo constitucional contra las sentencias judiciales ejecutoriadas, y otra denominada *permisiva*, con dos variantes: una permisiva *irrestricta* y otra permisiva *restringida*. El debate no ha sido infructuoso ni mucho menos, pues los excelentes desarrollos doctrinales a partir de los diferentes enfoques han permitido adoptar decisiones respecto al tema ya sea por la vía normativa o la jurisprudencial.

En el caso específico de Bolivia, debo señalar que el tema no fue abordado en el pasado con la profundidad académica necesaria. Ello se debe básicamente a las siguientes razones: a) el amparo constitucional recién fue incorporado al Sistema Constitucional Boliviano en la reforma constitucional de 1967; b) se carece de un desarrollo legislativo de la norma constitucional que lo instituye, en el que bien pudo haberse abordado el tema; y c) como se ha expresado en el libro *Jurisdicción Constitucional. Procedimientos constitucionales en Bolivia*,[1] dada la proscripción de la Constitución por los regímenes de facto, sumada al desconocimiento de la institución, entre 1967 y 1982 fue poco empleado el amparo constitucional. De manera que la Corte Suprema de Justicia, al conocer y resolver los recursos de amparo constitucional[2] en grado de revisión, optó por la tesis negativa y estableció jurisprudencia afirmando que el amparo constitucional no procede contra las decisiones judiciales pasadas en calidad de cosa juzgada. Esta decisión y jurisprudencia no están acompañadas de una adecuada fundamentación, por lo que carecen de un desarrollo doctrinal conforme que permita orientar adecuadamente el curso del debate y el análisis del tema.

El Tribunal Constitucional, que tiene entre sus atribuciones la de conocer en grado de revisión las sentencias pronunciadas en los recursos de hábeas corpus y amparo constitucional, a partir del inicio de sus funciones jurisdiccionales, en junio de 1999, ha establecido jurisprudencia en la línea de la tesis permisiva, es decir, ha adoptado la posición de declarar la procedencia del amparo constitucional contra las sentencias judiciales con autoridad de cosa juzgada. Esa posición del Tribunal Constitucional ha motivado una lógica y comprensible reacción de los jueces y tribunales

---

[1] José Antonio Rivera Santivañez, *Jurisdicción Constitucional. Procedimientos Constitucionales en Bolivia*, Kipus, Cochabamba, 2001.

[2] En el marco de las normas previstas por el artículo 19-IV de la Constitución de 1967, artículo 1º de las Disposiciones Transitorias de la Constitución de 1994 y 767 del Código de Procedimiento Civil, la Corte Suprema de Justicia conoció en grado de revisión los Recursos de amparo constitucional hasta el 31 de mayo de 1999. A partir del 1º de junio de aquel año entró en plena vigencia el nuevo texto del artículo 19-IV de la Constitución, así como la ley nº 1836, de manera que el Tribunal Constitucional asumió la competencia de conocer en grado de revisión los recursos de amparo constitucional.

de justicia ordinaria, incluida la Corte Suprema de Justicia. En consecuencia, se ha generado un debate sobre el tema, aunque todavía sólo en el plano jurisdiccional, con dos posiciones: de una parte el Tribunal Constitucional, con la tesis permisiva reflejada en sus sentencias constitucionales, y de la otra, la Corte Suprema de Justicia y los demás jueces y tribunales de justicia ordinaria, con la tesis negativa.

En el marco del referido debate, el presente trabajo pretende plantear elementos de análisis que tienen su origen en la doctrina del Derecho Constitucional y el Derecho Procesal Constitucional, así como en la legislación y jurisprudencia comparada.

II. La jurisdicción constitucional y el amparo constitucional

Para abordar con propiedad el tema considero importante recordar que todo Estado democrático constitucional se sustenta en tres pilares esenciales: a) los valores supremos, como los ideales máximos de toda sociedad; b) los principios fundamentales, como los criterios rectores del orden jurídico y político del Estado; y c) los derechos fundamentales y garantías constitucionales, como la valorización de la dignidad humana y los límites supremos al poder del Estado. De manera que estos pilares informan la estructura jurídico-política del Estado contenida en la Constitución como Ley Fundamental de su ordenamiento jurídico.

En ese contexto, el principio de la supremacía constitucional significa que el orden jurídico y político del Estado está estructurado sobre la base del imperio de la Constitución que obliga por igual a todos, gobernantes y gobernados. En el orden jurídico la Constitución ocupa el primer lugar, constituyéndose en la fuente y fundamento de toda otra norma jurídica, por lo que toda ley, decreto o resolución debe subordinarse a ella y no puede contrariarla. En el orden político se constituye en la fuente de legitimación del poder político, pues lleva implícita toda una filosofía que sirve de orientación no sólo a los gobernantes sino también a los gobernados.

El principio de la supremacía constitucional es la garantía de equilibrio para el ejercicio del poder político del Estado, así como el resguardo y protección de los derechos fundamentales de la persona; pues, como bien señala Segundo Linares Quintana,[3] el principio de la supremacía de la Constitución es el más eficiente instrumento técnico hasta hoy conocido para la garantía de la libertad, al imponer a los poderes constituidos la obligación de encuadrar sus actos en las reglas que prescribe la Ley Fundamental.

La supremacía constitucional en sentido material resulta del hecho de que la Constitución organiza las competencias de los órganos del poder público, por lo que es superior a los individuos que están investidos de esas competencias, es decir, los gobernantes. En consecuencia, como hace notar Vladimiro Naranjo,[4] la supremacía

---

[3] Citado por Pablo Dermizaky Peredo en su *Derecho Constitucional*, 3ª ed., Serrano, 1996, p. 56.

[4] Vladimiro Naranjo Mesa, *Teoría Constitucional e instituciones políticas*, 7ª ed., Temis, Bogotá, p. 383.

material asegura para todas las personas un refuerzo de la legalidad, ya que no sólo las leyes contrarias a la Constitución serán consideradas nulas y desprovistas de valor jurídico, sino también todo acto contrario a ella, inclusive en el caso de que ese acto emane de los jueces y tribunales.

En resguardo del Estado democrático constitucional en general, y del principio de la supremacía constitucional en particular, se ha establecido el sistema de control de constitucionalidad. En consecuencia, la jurisdicción constitucional se ha instituido por las normas de la Constitución con la misión de afirmar la integridad y primacía de la Constitución, asegurando que efectivamente todos los poderes públicos, así como sus autoridades y funcionarios, sujeten sus actos a las normas, valores y principios constitucionales, de modo que cada una de las funciones estatales sea el correcto y legítimo ejercicio de una función constitucional; asimismo, ejerce la función de resguardar y proteger los derechos fundamentales y garantías constitucionales, garantizando la efectividad de su ejercicio y su oponibilidad frente a todos los órganos del poder público.

Ahora bien, entre los derechos humanos proclamados por el Estado democrático constitucional, tanto en la Constitución cuanto en los instrumentos internacionales que forman parte del bloque de constitucionalidad, se tiene el derecho de toda persona a un recurso efectivo y rápido para la protección efectiva e idónea de sus derechos humanos. Así el artículo 8 de Declaración Universal de los Derechos Humanos proclama: "toda persona tiene derecho a un recurso efectivo, ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución o por la Ley"; por otro lado, el artículo 25.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos dispone: "toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención".

Ese recurso sencillo y efectivo es precisamente el *amparo constitucional*. Una acción tutelar de los derechos fundamentales y garantías constitucionales. Un recurso de carácter subsidiario, de tramitación especial y sumarísima, que otorga protección efectiva e inmediata frente a los actos u omisiones ilegales e indebidos que los restringen o suprimen.

III. La cosa juzgada, ¿límite del amparo constitucional?

Entre quienes sustentan la tesis negativa a la procedencia del amparo constitucional contra sentencias judiciales con autoridad de cosa juzgada, una importante corriente de pensamiento, proveniente especialmente del ámbito jurisdiccional ordinario, invoca como fundamento de su posición la cosa juzgada; lo que significa que este instituto procesal es el límite a los alcances del amparo constitucional. Ello obliga a referirse, así sea de manera resumida, a la cosa juzgada respecto a su concepto, naturaleza jurídica, así como a la concepción moderna respecto de ella.

De manera general se puede señalar que la cosa juzgada es la autoridad y eficacia de una sentencia judicial cuando no existen contra ella medios de impugnación que permitan modificarla, lo que significa que aquélla le otorga la calidad especial de la inmutabilidad y la definitividad a ésta.

Como señala el profesor Eduardo J. Couture,[5] la autoridad de la cosa juzgada es, pues, calidad, atributo propio del fallo que emana de un órgano jurisdiccional cuando ha adquirido carácter definitivo. Es inimpugnable, en cuanto la ley impide todo ataque ulterior tendiente a obtener la revisión de la misma materia.

Habrá de recordar que los romanos establecieron la distinción entre la cosa juzgada formal y la cosa juzgada material. La primera significa la imposibilidad de anular la sentencia por medio de los recursos, ya porque la última instancia ha dicho la última palabra, ya porque ha transcurrido el tiempo para interponerlos o porque se ha desistido o renunciado a ellos. En cambio, la segunda significa que el fallo contenido en la sentencia es de tal suerte decisivo, que excluye totalmente cualquier nuevo examen del negocio y cualquier resolución nueva distinta sobre la misma relación jurídica frente a los que han sido partes, sea por el mismo tribunal que dictó la primera o por otro diferente; de manera que el fallo recaído no puede ser examinado en su exactitud de fondo por otro tribunal.

La cosa juzgada es un instituto del Derecho Procesal, establecido como resguardo de la seguridad jurídica, pues se entiende que sin él la incertidumbre reinaría en las relaciones sociales y se generaría la inseguridad en los fenómenos jurídicos. Sin embargo, cabe advertir que algunos sectores del ámbito jurídico, especialmente del procesal, han llevado a extremos y exageraciones el valor de la autoridad de la cosa juzgada. En ese orden, como señala Couture, es famoso el dístico de Scaccia, cuando señala: “la cosa juzgada hace de lo blanco, negro; origina y crea las cosas; transforma lo cuadrado en redondo; altera los lazos de la sangre y cambia lo falso en verdadero”.

Frente a esa posición exaltada, los sectores moderados consideran que la necesidad de la firmeza de un fallo judicial que conlleva la autoridad de la cosa juzgada debe ceder, en determinadas condiciones, ante la necesidad de que triunfe la verdad; pues, como señala Couture, la razón natural aconseja que el escrúpulo de verdad sea más fuerte que el escrúpulo de certeza, y que siempre, en presencia de una nueva prueba o de un nuevo hecho fundamental antes desconocido, pudiera recorrerse de nuevo el camino andado para restablecer el imperio de la justicia.

En consecuencia, la cosa juzgada no debe ni puede ser tomada como un dogma, sino como un instituto procesal cuya finalidad es otorgar el sello de firmeza y certidumbre a un fallo judicial en resguardo de la seguridad jurídica, en la medida en que dicha decisión judicial sea el resultado de un proceso justo, desarrollado con resguar-

---

[5] Eduardo J. Couture, *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, Depalma, Buenos Aires, 1985, p. 401.

do y respeto de los derechos fundamentales y las garantías constitucionales de las partes que intervienen en él.

Es importante tener presente que, siendo un instituto procesal, la cosa juzgada, como límite de lo inimpugnable e inmutable, puede ser objeto de cambios o modificaciones introducidas por la ley, la que podrá adicionar o cercenar posibilidades de impugnación, en cuyo caso la cosa juzgada avanza o retrocede en su materialización. Entonces, si la ley puede cambiar el momento en que se opera la cosa juzgada, ya sea acortando o ampliando, con mayor razón podrá hacerlo la Constitución como la Ley Fundamental del ordenamiento jurídico del Estado, creando mecanismos o vías jurisdiccionales para la protección inmediata y efectiva de los derechos fundamentales y garantías constitucionales, frente a los actos o resoluciones de las autoridades judiciales que los lesionen dentro la tramitación de un proceso. Ello importará una postergación del momento en que debe operarse la cosa juzgada, pero no su eliminación, como sostienen quienes sustentan la tesis negativa de la procedencia del amparo constitucional contra decisiones judiciales, porque siempre habrá un límite al litigio; y en realidad lo que le importa a la sociedad es que los litigios y causas tengan un fin y se pronuncie la última palabra, pero en el marco del respeto absoluto a los derechos fundamentales y las garantías constitucionales.

IV. El amparo constitucional contra sentencias judiciales

Frente a la tesis negativa, surge otra corriente de pensamiento que, con fundamentos sólidos, sostiene la posición de la procedencia del amparo constitucional contra las sentencias judiciales pasadas en autoridad de cosa juzgada.

Entre las dos corrientes de pensamiento presentes en el debate, ni duda cabe que en un Estado democrático constitucional se impone la tesis permisiva; pues, como se tiene referido, en él ningún órgano o autoridad puede sustraerse del orden constitucional y los sistemas de control de constitucionalidad, que incluyen la protección de los derechos humanos. Así ya se ha expresado en otros trabajos, como *Jurisdicción constitucional. Procedimientos constitucionales en Bolivia* o *La Doctrina Constitucional en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*.[6] Empero, esa posición no es de una procedencia irrestricta sino limitada por razones de preservación del principio fundamental de la seguridad jurídica.

Ello obliga a desarrollar los fundamentos constitucionales que sustentan la posición, así como los presupuestos y condiciones para la procedencia del amparo constitucional contra sentencias judiciales con autoridad de cosa juzgada.

---

[6] Ensayo publicado en el *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2001*, Konrad Adenauer Stiftung, Buenos Aires, 2001.

1. Fundamentos constitucionales

La procedencia del amparo constitucional contra las sentencias judiciales con autoridad de cosa juzgada se sustenta el propio sistema constitucional boliviano, pues es inherente a los valores supremos y principios fundamentales de todo Estado democrático constitucional, conforme a lo expresado en el punto II de este trabajo. No obstante, considero necesario expresar los fundamentos normativos y doctrinales que sustentan la posición de la tesis permisiva, siguiendo un orden cronológico conforme a los fundamentos que expresan quienes sustentan la tesis de la corriente negativa.

1. La norma prevista por el artículo 19.I de la Constitución, que instituye el recurso de amparo constitucional, es general y tiene un alcance amplio no restrictivo, en cuanto se refiere a los actos, omisiones y decisiones que pueden ser impugnados a través de este recurso. En efecto, en la parte pertinente la citada norma dispone expresamente lo siguiente: "[…] se establece el recurso de Amparo contra los actos ilegales o las omisiones indebidas de los funcionarios o particulares […]"; como se podrá advertir, la norma emplea un *nomen juris* con una acepción amplia, pues funcionario, en el sentido empleado por la Constitución, es toda persona que desempeñe una función o servicio estatal o público. Es en esa línea interpretativa que el legislador, al desarrollar la disposición constitucional, en la norma prevista por el artículo 94 de la ley n° 1.836 del Tribunal Constitucional ha definido la procedencia del amparo contra todo "acto u omisión indebida de autoridad o funcionario".

En consecuencia, en una interpretación sistematizada de las normas previstas en la Constitución y la ley n° 1.836 del Tribunal Constitucional, se llega a la conclusión de que ni el constituyente ni el legislador previeron una restricción sobre los alcances del amparo constitucional contra las decisiones de los jueces o tribunales judiciales, lo que significa que no se excluyen del control de constitucionalidad, por vía de tutela de los derechos fundamentales, las sentencias judiciales.

2. El pensamiento expresado precedentemente tiene su fundamento en el hecho de que no existe Estado democrático constitucional si las autoridades o funcionarios disponen de poderes ilimitados; o si, de existir límites impuestos, éstos carecen de efectividad para controlar el campo de su actuación válida. De manera que un adecuado funcionamiento del Estado democrático constitucional y el desarrollo equilibrado de las relaciones entre las personas particulares y el Estado conlleva el establecimiento de límites al accionar de las autoridades o funcionarios. Esos límites están previstos por la Constitución con la distribución de funciones a los órganos de poder, la delimitación de competencias y atribuciones, la proclamación de los derechos fundamentales y la fijación de las garantías constitucionales. En consecuencia, cabe señalar que, allí donde una autoridad pública pueda traspasar el límite fijado por la Constitución y sus actos u omisiones sigan, no obstante, teniendo valor jurídico, no sirve tener Cons-

titución o, como dijo Lassalle,[7] ésta es apenas una hoja de papel sin contenido material alguno.

Entonces, si se toma en cuenta que el respeto a los derechos fundamentales es uno de los más importantes límites que la Constitución impone a los órganos del poder público, así como a sus autoridades y funcionarios,[8] es fácil entender que los jueces y tribunales de justicia no pueden estar exentos de esos límites; por lo mismo, no puede alegarse la inimpugnabilidad de sus sentencias en aquellos casos en que éstas vulneren franca y abiertamente los derechos fundamentales o garantías constitucionales de las partes que intervienen en el proceso.

De contrario, admitir que las sentencias judiciales no puedan ser impugnadas a través del amparo constitucional invocando la autoridad de cosa juzgada, así aquellas violen la Constitución, colocaría a los jueces y tribunales por encima de la Ley Fundamental, convirtiéndolos en un poder omnímodo, lo cual es inadmisible en un Estado democrático constitucional y en el sistema constitucional adoptado por Bolivia. Porque en los hechos, la sentencia judicial prevalecería sobre la Constitución no obstante su incompatibilidad; en cuyo caso la Constitución, límite supremo, dejaría frente a las sentencias de ser la Ley Fundamental del ordenamiento jurídico del Estado; en consecuencia, las sentencias y sus autores, los jueces, no tendrían límites. Como afirma Cifuentes,[9] la no cuestionabilidad de las sentencias judiciales, así ellas eventualmente violen la Constitución, significa que los límites que ésta impone pueden ser ignorados por los jueces, dado que por definición no se podrá ventilar a través de un proceso de constitucionalidad la conducta de la que se deriven dichas consecuencias.

Cabe recordar que, en un Estado democrático constitucional, el control constitucional de las leyes, actos administrativos y sentencias tiene por finalidad que ninguno de los tres órganos del poder público, mediante actos ordinarios, pueda modificar la Constitución Política del Estado, marco básico de la convivencia pacífica y límite infranqueable a la acción de las autoridades públicas instituidas para llevar adelante

---

[7] Ferdinand Lassalle, *¿Qué es una Constitución?*, 7ª ed., Colofón, México, 1996, p. 25.

[8] Al respecto cabe citar las normas previstas en los artículos: 6-II, "La dignidad y la Libertad de la persona son inviolables. Respetarlas y protegerlas es deber primordial del Estado"; 34, "Los que vulneren derechos y garantías constitucionales quedan sujetos a la jurisdicción ordinaria"; 35, "Las declaraciones, derechos y garantías que proclama esta Constitución no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías no enunciados que nacen de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno"; 116-VI, "Los Magistrados y Jueces son independientes en la administración de justicia y no están sometidos sino a la Constitución y la Ley"; 228, "La Constitución Política del Estado es la ley suprema del ordenamiento jurídico nacional. Los tribunales, jueces y autoridades la aplicarán con preferencia a las leyes, y éstas con preferencia a cualesquiera otras resoluciones"; y 229, "Los principios, garantías y derechos reconocidos por esta Constitución no pueden ser alterados por las leyes que regulen su ejercicio ni necesitan de reglamentación previa para su cumplimiento".

[9] Eduardo Cifuentes Muñoz, "Tutela contra sentencias (el caso colombiano)", en el trabajo colectivo *Corte Suprema y Tribunal Constitucional. Competencias y Relaciones*, revista *Ius et Praxis* de la Universidad de Talca, Talca, 1998, p. 155.

los fines del Estado. Empero, esa finalidad se vería fracturada si se admite la tesis de la no impugnación de las sentencias judiciales por la vía del amparo constitucional, pues ello significaría permitir que las sentencias judiciales puedan convertirse en vehículos de reforma material de la Constitución. Es fácil entender que, si una sentencia puede violar los límites de la Constitución —el respeto a los derechos fundamentales— sin perder ni arriesgar por ello su validez y eficacia, allí tendríamos un medio ordinario con capacidad para alterar el contenido y alcance de la Constitución.

3. Frente a la tesis de la cosa juzgada como límite al alcance del amparo constitucional en la tutela de los derechos fundamentales y garantías constitucionales, cabe recordar que la cosa juzgada no es un derecho fundamental sino un principio procesal que tiene su fundamento en la ley ordinaria, pues el legislador la ha instituido con la finalidad de imprimir un carácter definitivo e inmutable a los fallos judiciales. Sin embargo, ese carácter se adquiere cuando la decisión judicial se ajusta a las normas previstas en la Constitución; de contrario se somete al control de constitucionalidad para reparar los actos ilegales o indebidos en que incurra la autoridad judicial.

Ahora bien, la procedencia del amparo contra la decisión judicial ejecutoriada no puede ser calificada como un acto violatorio de la ley procesal, debido a que dicho control tiene su base en la Constitución, y en el marco del principio de la supremacía constitucional la ley procesal que consagra la cosa juzgada tiene que subordinarse a la Constitución y no a la inversa. Sustentar una posición irreductible de que el amparo constitucional no procede contra una sentencia judicial pasada en calidad de cosa juzgada significaría que la Constitución —que consagra los derechos fundamentales y las garantías constitucionales— se subordine a la ley procesal, lo cual resulta inadmisible en un Estado democrático constitucional, porque resultaría un desconocimiento absoluto del principio de la supremacía constitucional.

4. De otro lado, en el marco de la invocación de la autoridad de cosa juzgada como límite a la procedencia del amparo constitucional como vía de tutela efectiva e idónea de los derechos fundamentales, es importante tener presente que, en el marco de aplicación del principio de legalidad, una sentencia judicial sólo adquiere la autoridad de cosa juzgada si es fruto de un proceso sustanciado con resguardo de los derechos fundamentales consagrados en la Constitución y las leyes que forman parte del bloque de constitucionalidad, es decir, que la sentencia es fruto de un proceso judicial sustanciado en el marco del debido proceso ante un juez o tribunal competente, independiente e imparcial y con absoluto respeto de los derechos fundamentales de las partes que intervienen en él.

Los actos o decisiones que lesionan los derechos fundamentales o garantías constitucionales no pueden ser considerados válidos; por lo mismo, no surten un efecto legal, por cuanto el respeto de estos derechos y garantías es un requisito de validez de todos los actos estatales. En esa línea de razonamiento cabe señalar que los actos jurisdiccionales violatorios de los derechos fundamentales consagrados en la Constitución o las leyes que forman parte del bloque de constitucionalidad carecen de legi-

timidad y validez legal, por lo cual no pueden merecer acatamiento, porque un acto nulo no nace a la vida jurídica. En consecuencia, la pretendida cosa juzgada sólo se opera en apariencia, es decir, no se produce en derecho sino de hecho, y no es oponible como impedimento para la procedencia del amparo constitucional en tutela a los derechos fundamentales vulnerados.

Al respecto, el Tribunal Constitucional de Bolivia, al fundamentar la procedencia del amparo constitucional contra una sentencia judicial, en su sentencia nº 504/01 de 29 de mayo de 2001, ha señalado: "[…] cuando una resolución ilegal afecta al contenido esencial de un derecho fundamental no se puede sustentar su ilegalidad bajo una supuesta cosa juzgada, en cuyo caso se abre el ámbito de aplicación del amparo constitucional". Pues, en criterio del Tribunal Constitucional, los actos o decisiones que de manera ilegal o indebida restrinjan o supriman un derecho fundamental o garantía constitucional están viciados de nulidad. Así lo ha reiterado en su sentencia constitucional nº 338/01-R, cuando al fundamentar su decisión el Tribunal Constitucional señaló: "los actos de los recurridos se encuentran viciados de nulidad y atentan contra los derechos del recurrente a la legítima defensa y al debido proceso, sin que su supuesta ejecutoria impida la tutela de los derechos conculcados".

Si la Constitución ha consagrado los derechos fundamentales y las garantías constitucionales como una concreción de los valores y principios fundamentales de la libertad, la igualdad, la dignidad humana y la justicia, se entiende que restringirlos o suprimirlos significa una violación de la propia Constitución, de manera que la decisión, así sea judicial, se convierte en inconstitucional y, por lo mismo, susceptible de control por la vía del amparo constitucional para reparar sus efectos, máxime si se toma en cuenta que el recurso de inconstitucionalidad no procede contra las resoluciones judiciales.

Entonces, tomando en cuenta lo referido, pretender que aquellas sentencias judiciales que desconocen los valores, principios y derechos fundamentales no se sujeten al control constitucional por la vía del amparo constitucional es librar la vida comunitaria al arbitrio de los tribunales y jueces.

5. Frente al argumento de que la procedencia del amparo constitucional contra una sentencia judicial significaría crear de facto una cuarta instancia en los procesos judiciales, cabe aclarar que este recurso tiene como única finalidad el restablecimiento inmediato de un derecho fundamental o garantía constitucional restringido o suprimido por la autoridad judicial cuyo acto se impugna, de manera que el juez o tribunal del amparo circunscribirá su actuación a la dilucidación de la cuestión o asunto constitucional puesto a su conocimiento; de ninguna manera se pronunciará sobre los demás asuntos o cuestiones objeto de la controversia judicial. Es decir, se pronunciará respecto a la vulneración del derecho fundamental o garantía constitucional y la consiguiente otorgación de la tutela; no definirá el litigio principal. Por tanto, debe tenerse presente que, a través del amparo constitucional, no se ingresará al conocimiento del fondo del litigio judicial que motivó la sentencia impugnada, sino que el juez

constitucional examinará la conformidad de ésta con los derechos fundamentales consagrados en la Constitución.

En consecuencia, el conocimiento, la sustanciación y resolución del asunto constitucional planteado a través del amparo no puede considerarse, y menos calificarse como una justicia paralela, sino como la aplicación de un correctivo a la arbitrariedad judicial.

6. Finalmente, corresponde señalar que la procedencia del amparo constitucional contra las decisiones judiciales no afecta ni lesiona *per se* el principio de la cosa juzgada, pues simplemente lo difiere, es decir, posterga momentáneamente la verificación de ese acontecimiento procesal, ya que la cosa juzgada se operará una vez que concluya el proceso de control de constitucionalidad realizado a través del amparo.

2. Requisitos para la procedencia del amparo constitucional

Ahora bien, expuestos los fundamentos jurídico-constitucionales sobre la procedencia del amparo constitucional contra las sentencias judiciales con autoridad de cosa juzgada, corresponde esbozar algunas ideas sobre los requisitos esenciales que deben concurrir para activar esta vía jurisdiccional extraordinaria.

Al efecto, es importante tener presente que el amparo constitucional contra las decisiones judiciales tiene su propia particularidad, a diferencia de aquél a través del cual se impugnan las decisiones de las autoridades o funcionarios de los otros órganos o entidades del poder público. Pues mediante una sentencia judicial, al dilucidar el litigio, la autoridad judicial puede constituir derechos a favor de terceros, lo cual obliga a que, paralelamente a preservar los derechos fundamentales de los sujetos intervinientes en el proceso, es necesario preservar el principio de la seguridad jurídica, así como los derechos de terceras personas que indirectamente se podría afectar.

Ello obliga a definir de manera especial los requisitos esenciales para la procedencia del amparo constitucional contra las sentencias judiciales con autoridad de cosa juzgada, de manera que no se haga un uso irracional de la vía constitucional**.**

A. Derechos y garantías que deben ser protegidos

Un primer requisito para hacer procedente el amparo constitucional contra sentencias judiciales con autoridad de cosa juzgada es la definición clara y precisa de los derechos y garantías constitucionales protegidos a través de este recurso. Ello en virtud a que la norma prevista por el artículo 19.I de la Constitución es muy genérica en su enunciado respecto al tema.

La citada norma define que el amparo constitucional procede para proteger los “derechos y garantías reconocidos por la Constitución y las leyes”. Dicha norma da lugar a las siguientes interpretaciones: a) una amplia: que la tutela comprende los derechos fundamentales insertos en el catálogo previsto por el artículo 7 de la Constitución; los otros derechos consagrados en el texto de la Ley Fundamental; los dere-

chos consagrados en los instrumentos internacionales a los que se ha adherido el Estado boliviano y los ha incorporado a la legislación interna mediante ley de la República; y los derechos y garantías declarados en la legislación ordinaria, por ejemplo, las garantías previstas en las leyes procesales; y b) otra restringida: que la tutela comprende sólo los derechos humanos positivizados tanto por el texto de la Constitución cuanto por los instrumentos internacionales a los que adhirió Bolivia y forman parte del bloque de constitucionalidad. Dada la naturaleza jurídica del amparo constitucional, considero que la segunda interpretación es la que se encuadra a la voluntad del Constituyente.

Si bien constituye un gran avance el hecho de que el constituyente hubiese consignado todos los derechos humanos positivizados como objeto de protección del amparo constitucional —ya que en la legislación comparada se advierte que se restringe a los derechos humanos de la primera generación—, el hecho de incluir las "garantías" reconocidas por la Constitución y las leyes no puede evaluarse en el mismo sentido, por lo que es necesario hacer una diferenciación en su tratamiento.

Entonces, en lo referente a los derechos fundamentales protegidos por el amparo constitucional, no cabe duda de que deben serlo todos aquéllos consagrados en el catálogo previsto por artículo 7 de la Constitución, así como los derechos humanos proclamados en los instrumentos internacionales a los que Bolivia se ha adherido y los ha ratificado mediante ley de la República.

En cambio, en cuanto se refiere a las "garantías", la protección del amparo constitucional debe restringirse, pues no resulta razonable que se la amplíe incluso a aquellas garantías procesales previstas por la legislación procesal ordinaria, que en muchos casos se convierten en rituales procesales formalistas. Por ello, la protección sólo debe alcanzar a la garantía constitucional del debido proceso en el marco de las normas previstas por el artículo 16 de la Constitución, el artículo 14 Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos y el artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Es necesario recordar que el debido proceso constituye una garantía de legalidad procesal para proteger la libertad, la seguridad jurídica, la racionalidad y la fundamentación de las resoluciones judiciales o administrativas, de manera que los conflictos o controversias que se presenten en cualquier proceso, sean de carácter judicial, administrativo o disciplinario, estén previamente regulados en el ordenamiento jurídico, el cual debe señalar las pautas que procuren el respeto de los derechos y obligaciones de las partes procesales para que ninguna actuación de las autoridades tenga origen en su propio arbitrio, sino que obedezca a los procedimientos descritos en la ley y los reglamentos. Ello se funda no sólo en un principio de elemental justicia, sino que atiende a la eficacia y legitimidad de la administración y de la actividad judicial en cuanto contribuye y facilita la adopción de decisiones con conocimiento de causa y con la debida participación y contradicción de los afectados.

Por ello la Corte Interamericana de los Derechos Humanos, en su opinión consultiva nº OC-9/87, ha señalado que el debido proceso "abarca las condiciones que deben cumplirse para asegurar la adecuada defensa de aquellos cuyos derechos u obligaciones están bajo consideración judicial", y en su sentencia dictada el 2 de febrero de 2001 ha definido que el debido proceso es "un derecho humano a obtener todas las garantías que permitan alcanzar decisiones justas".

B. Las violaciones de los derechos fundamentales y garantías constitucionales

Es importante precisar que, para activar el amparo constitucional contra las sentencias judiciales con autoridad de cosa juzgada, deberá ser requisito esencial que las violaciones de los derechos fundamentales y garantías constitucionales susceptibles de protección sean imputables de modo inmediato y directo a un acto, resolución u omisión del juez o tribunal judicial. Esto significa que a través del amparo constitucional se impugnará el acto u omisión ilegal o indebido de la autoridad judicial, independientemente de los hechos que dieron lugar al proceso judicial, de manera que en el recurso extraordinario no se dilucidará la titularidad del derecho ni se resolverá el fondo del litigio, sino que se restablecerá de forma inmediata y efectiva el o los derechos fundamentales o garantías constitucionales violados.

Al describir los derechos fundamentales tutelables a través del amparo constitucional, en el punto anterior se ha precisado que en el ámbito judicial corresponde también la tutela a la garantía constitucional del debido proceso y los derechos humanos que ella conlleva como garantías mínimas para las personas en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ellas, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral o fiscal. Ello significa que procederá el amparo constitucional contra sentencias judiciales con autoridad de cosa juzgada en aquellos casos en que éstas sean producto de un proceso judicial sustanciado con irregularidades que lesionan las garantías mínimas del debido proceso.

Empero, cabe aclarar que no se trata de que toda irregularidad cometida dentro de un proceso dé lugar a la procedencia del amparo, porque, si bien es frecuente que se produzcan irregularidades, ellas se corrigen dentro del propio proceso y, en su caso, algunas no afectan el resultado mismo del proceso. Entonces, sólo deberá acudirse a la vía del amparo para corregir aquellas irregularidades muy graves que afecten el resultado del proceso y no exista otra forma para corregirlas que no sea la vía constitucional. Como dice García Belaunde,[10] debemos considerar tan solo aquellos aspectos básicos, nucleares, para que un procedimiento en cuanto tal pueda considerarse irregular, porque viola principios básicos de todo proceso y, además, teniendo presente otro hecho: que la comisión de tal irregularidad sea de tal magnitud, que ha

[10] Domingo García Belaunde, *Derecho Procesal Constitucional*, Temis, Bogotá, 2001, pp. 164-165.

comprometido el resultado del proceso; dicho en otras palabras, que corrigiendo tal irregularidad fundamental el resultado sea distinto. Esto último, por cuanto no tendría sentido tramitar un amparo para reabrir un proceso judicial que tenga como resultado final obtener la misma sentencia que la impugnada.

C. Agotar los recursos utilizables en la vía judicial ordinaria

Dada su naturaleza jurídica, el amparo constitucional es una acción jurisdiccional de carácter subsidiario, lo que significa que no es una instancia adicional, alternativa o complementaria a las acciones ordinarias y especiales previstas por la Constitución y la ley para la defensa de los derechos. Ello supone que esta vía constitucional sólo se activa cuando la persona no dispone de otra vía legal para la protección inmediata de sus derechos fundamentales o garantías constitucionales vulnerados; pues, como dice Cifuentes,[11] la acción de tutela —amparo— en primer término es procedente si el afectado no dispone de otro medio de defensa judicial. Desde ese punto de vista, la acción tiene carácter subsidiario.

Esa subsidiaridad debe ser aplicada cuando se impugne una decisión judicial; de manera que un requisito esencial para la procedencia del amparo constitucional contra sentencias judiciales con autoridad de cosa juzgada será el que se hayan agotado todos los recursos utilizables dentro de la vía judicial para lograr el restablecimiento de los derechos fundamentales violados o corregir las irregularidades si los actos u omisiones de la autoridad judicial han lesionado la garantía constitucional del debido proceso.

En consecuencia, el amparo constitucional sólo se podrá accionar de manera supletiva, en aquellos casos en los que la persona no disponga de otros medios de defensa judicial, ya sea porque los agotó sin lograr la reparación del acto indebido o ilegal restrictivo de sus derechos o porque no existen medios expeditos, efectivos y eficaces previstos en las normas procesales. Lo último supone, como dice Fernández Segado,[12] que los recursos o vías judiciales ordinarios utilizables serán aquellos normales que de manera clara se manifiesten ejercitables y razonablemente exigibles, es decir, los recursos útiles para conseguir revisión de la medida adoptada.

La aplicación de este requisito conduce a la conclusión de que, en el ámbito jurisdiccional y en el marco del tema que se aborda, el amparo constitucional se planteará contra las resoluciones finales de la Corte Suprema de Justicia, ya que las emitidas por las instancias jurisdiccionales inferiores serán siempre susceptibles de correc-

---

[11] Eduardo Cifuentes Muñoz, "La Jurisdicción Constitucional en Colombia", en Francisco Fernández Segado y Domingo García Belaunde (eds.), *La Jurisdicción Constitucional en Iberoamérica*, Dykinson, Madrid, 1997.

[12] Francisco Fernández Segado, "El recurso de amparo constitucional en España: regulación jurídica práctica", *Ius et Praxis*, revista jurídica de la Universidad de Talca, Talca.

ción en la misma instancia o por la instancia jurisdiccional superior; sin embargo, en aquellos casos en los que el proceso judicial concluya en la instancia jurisdiccional inferior con sentencia ejecutoriada, procederá el amparo contra esa decisión si se cumple con los requisitos establecidos para el efecto.

D. Problema de jurisdicción y competencia

Lo referido obliga a replantear el tema de la jurisdicción y competencia para la sustanciación del amparo constitucional.

Las normas previstas por la Constitución y la ley n° 1.836 asignan jurisdicción y competencia a: 1) el juez de partido en las capitales de provincia, y 2) la Corte Superior del distrito, en una de sus salas conforme al turno, en las capitales de departamento. Ello significa que el amparo contra las sentencias judiciales dictadas las salas especializadas de las Cortes Superiores del distrito o de la Corte Suprema de Justicia son conocidas y resueltas por una de las salas de la Corte Superior del Distrito.

Si bien es cierto que las acciones tutelares como el hábeas corpus y el amparo constitucionalno reconocen en su tramitación fueros ni privilegios de naturaleza alguna, no es menos cierto que la jerarquía jurisdiccional debe ser resguardada en el marco de la independencia del juez y magistrado, para lograr que el amparo constitucional cumpla con la finalidad para la que ha sido creado.

No resulta apropiado que una sala de la Corte Superior de Justicia, que en la función jurisdiccional es jerárquicamente inferior a la Corte Suprema de Justicia, conozca y resuelva un amparo constitucional planteado contra las resoluciones judiciales de una de las salas de esta última. Es fácil entender que una instancia jurisdiccional inferior no podría ejercer un control efectivo sobre las decisiones y resoluciones de una instancia jurisdiccional superior sin verse afectada en la independencia de sus miembros. Contra este razonamiento, formalmente, podría plantearse el argumento de que las salas de las Cortes Superiores del distrito, al conocer y resolver el amparo constitucional, no actúan como tribunal ordinario sino que cumplen la función de un verdadero Tribunal de Garantías Constitucionales. Sin embargo, en la práctica, en los miembros de dichos tribunales se impone el criterio de la jerarquía jurisdiccional, afectando su independencia.

Por las razones expuestas, es recomendable efectuar modificaciones a las normas previstas en la Constitución y ley n° 1.836, a fin de otorgar jurisdicción y competencia al Tribunal Constitucional para que pueda conocer y resolver en única instancia los recursos de amparo constitucional planteados contra la Corte Suprema o una de sus salas.

De otro lado, tomando en cuenta que la sustanciación de los recursos de amparo constitucional y hábeas corpus, como parte del sistema de control de constitucionalidad, requiere que los jueces y tribunales tengan conocimientos especializados en las disciplinas del Derecho Constitucional, Derecho Procesal Constitucional, Derecho Constitucional de los Derechos Humanos y Derecho Internacional de los Derechos

Humanos, es recomendable la creación de juzgados y salas de las Cortes Superiores de distrito en materia constitucional, con jurisdicción y competencia para conocer y resolver los recursos de amparo constitucional y hábeas corpus, conforme a la configuración procesal vigente.

E. Plazo para plantear la acción

Las normas de la Constitución y la ley n° 1.836 que regulan la sustanciación del amparo constitucional no han previsto un plazo para plantear la acción. Empero, cabe recordar que una de las características de este recurso es la inmediatez, pues tiene por finalidad la restitución efectiva e inmediata de los derechos fundamentales o garantías constitucionales restringidos o suprimidos; de lo que se concluye que la acción debe ser planteada dentro de un plazo razonablemente breve para lograr la reparación del derecho vulnerado.

En esa línea de razonamiento, el Tribunal Constitucional de Bolivia, a través de su jurisprudencia, ha establecido que el amparo constitucional debe ser planteado dentro de los seis meses siguientes a la fecha en que se haya producido la violación de los derechos fundamentales o garantías constitucionales o, en su caso, de haberse agotado las vías legales ordinarias para lograr la protección respectiva.

Como se podrá advertir, se trata de establecer un plazo de caducidad del derecho de plantear la acción de amparo constitucional, para evitar su interposición extemporánea, de manera que el recurso cumpla con su finalidad de brindar una protección inmediata, eficaz e idónea.

En el caso del amparo constitucional contra las sentencias judiciales con autoridad de cosa juzgada, considero que el plazo de caducidad debe acortarse aún más, fijándose en treinta días computables a partir de la notificación con la última resolución judicial recaída en el proceso previo del que deriva la impugnación formulada en sede constitucional.

El plazo corto para la caducidad del derecho de plantear el recurso se justifica en el hecho de que, si bien es ineludible otorgar protección inmediata e idónea a la parte cuyos derechos fundamentales o garantías constitucionales han sido vulnerados por los actos u omisiones del juez o tribunal judicial, también lo es proteger los derechos de la otra parte que interviene en el proceso y, eventualmente, de terceros en cuyo favor podrían constituirse derechos como emergencia de la sentencia judicial o su ejecución; por ejemplo, el caso de los adjudicatarios del bien embargado y vendido en subasta pública al ejecutar la sentencia dictada en los procesos civiles de ejecución.

Si la finalidad del amparo constitucional frente a las sentencias judiciales es lograr que estas últimas expresen en todo caso una justicia mínima que se logra respetando los derechos fundamentales, esa finalidad quedaría distorsionada si se dejase abierta la posibilidad de cuestionar las sentencias judiciales con autoridad de cosa juzgada en cualquier tiempo, es decir, si no se fija un plazo corto para la caducidad del

derecho de plantear la acción, pues se corre el riesgo de que, al proteger los derechos de una de las partes, se lesionen los derechos de la otra parte, al colocarla en una situación de inseguridad e incertidumbre que provocaría inevitablemente inseguridad jurídica.

Se entiende que la persona cuyos derechos fundamentales han sido lesionados, al no haber logrado que le sean restituidos por las vías legales ordinarias, debe ejercitar su derecho de accionar la vía constitucional extraordinaria de manera inmediata y oportuna, salvo que no estuviese enterada de la sentencia judicial por haberse tramitado el proceso en su ausencia y con fraude en la citación con el proceso, en cuyo caso, de manera excepcional, deberá computarse el plazo de caducidad a partir de la fecha en que ha tomado conocimiento de la decisión judicial. Si no ejercita su derecho de recurrir contra la sentencia judicial que lesiona sus derechos fundamentales, es legítimo presumir que voluntariamente admite y consiente el ilegal e indebido y renuncia a su derecho.

Eduardo Ferrer Mac-Gregor (México) *

Hacia un Derecho Procesal Constitucional local en México **

I. Introducción

El marco jurídico del federalismo mexicano presenta nuevos derroteros al iniciarse el siglo XXI. Las recientes reformas a los ordenamientos supremos de las entidades de la República mexicana marcan una corriente floreciente del llamado *Derecho Constitucional Estatal* [1] y cobran un peso específico especial en los momentos actuales, cuando se insiste en una reforma integral a la actual Constitución federal de 5 de febrero de 1917.

En este contexto se celebró el Primer Encuentro de Derecho Constitucional Local, en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM (22-24, noviembre 2000),[2]

---

* Doctor en Derecho por la Universidad de Navarra, España. Profesor de Derecho Procesal Constitucional en México. Miembro honorario de la Asociación Venezolana de Derecho Constitucional. Secretario de Estudio y Cuenta de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

** El presente trabajo constituye parte de la ponencia preparada para el VII Congreso Nacional de Derecho Constitucional Peruano (Piura, 8-10 agosto de 2002), que denominamos "La nueva sala constitucional en el estado de Veracruz". Debido a la invitación del Dr. Jan Woischnik, director del Programa Estado de Derecho para Sudamérica (Fundación Konrad Adenauer), ahora se complementa ese estudio inicial para brindar un panorama de la situación actual en México, comprendiendo el análisis de las entidades federativas que recientemente han introducido mecanismos internos de control de la constitucionalidad.

[1] Sobre esta materia, véanse las obras de Máximo Gámiz Parral, *Resurgimiento del Estado federal*, Universidad Juárez del Estado de Durango-UNAM, Durango, 2001; *Derecho Constitucional y Administrativo de las entidades federativas*, 2ª ed., UNAM-IIJ, México, 2000; *Derecho y doctrina estatal*, Universidad Juárez del Estado de Durango-UNAM, México, 2000; asimismo, Elisur Arteaga Nava, *Derecho Constitucional Estatal*, Porrúa, México, 1988; y *Derecho Constitucional*, Harla, México, 1998, especialmente el Libro Tercero, relativo al "Derecho Constitucional Estatal", pp. 485-695.

[2] Los trabajos presentados en este evento aparecen publicados en Francisco José de Andrea Sánchez (coord.), *Derecho Constitucional Estatal. Estudios históricos, legislativos y teórico-prácticos de los estados de la República mexicana*, México, UNAM-IIJ, 2000.

y un año después el Segundo Encuentro, en la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Baja California (Mexicali). En ambos se destacó como uno de los grandes temas el relativo a la *justicia constitucional local* y su posibilidad de desarrollo.

A partir del año 2000 se advierte en México una tendencia en desarrollar esta temática, como se pone en evidencia con las reformas a las Constituciones locales de Veracruz, Coahuila y Tlaxcala, entre otras,[3] que prevén distintos mecanismos de protección constitucional, cuya competencia se atribuye al poder judicial estatal (sea al pleno o a una sala constitucional). Lo anterior descansa en un principio de supremacía constitucional local, como se advierte de los nuevos artículos 80, 158, § 1, y 79, § 2, de las Constituciones de esos estados, que respectivamente establecen:

> "Artículo 80. En el Estado de Veracruz, la Constitución y leyes federales, los tratados internacionales y esta Constitución será la ley suprema" (Veracruz, reforma de febrero de 2000).
>
> "Artículo 158. La Justicia Constitucional Local se erige dentro del régimen interior del Estado, como un medio de control para mantener la eficacia y la actualización democrática de esta Constitución, bajo el principio de supremacía constitucional" (Coahuila, reforma de marzo de 2001).
>
> "Artículo 79. El Poder Judicial garantizará la supremacía y control de esta Constitución, y estará expedito para impartir justicia de manera pronta, gratuita, completa e imparcial, en los términos, plazos y condiciones que fijen las leyes" (Tlaxcala, reforma de mayo de 2001).

Desde esta óptica, el tema de control de la constitucionalidad se explica —como lo sostiene Arteaga Nava— en función de que, en el nivel local, existe un orden normativo al que se denomina *Constitución*, que es de naturaleza suprema; ello implica, por una parte, que hay un complejo normativo, integrado por leyes, decretos, bandos y acuerdos generales, que es de índole secundaria y derivada; y, por otra, que existen poderes y autoridades locales que son, por partida doble, constituidos, cuya existencia y actuación están previstas y reguladas por ese orden normativo y particulares que están sujetos a lo que él disponga.[4]

Esta supremacía constitucional local no ha sido suficientemente construida por la doctrina y la jurisprudencia mexicanas, a pesar de que el tradicional juicio de ampa-

---

[3] En la Constitución del estado de Chihuahua, por ejemplo, existe el llamado recurso de queja o "amparito", que si bien se encuentra vigente desde hace muchos años no se ha reglamentado, lo cual lo convierte, más que en un derecho, en una ilusión o aspiración constitucional, como bien sostiene Héctor Villasana Rosales, "La Constitución estatal frente a las decisiones fundamentales de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos: el caso de Chihuahua", en *Derecho Constitucional Estatal*, op. cit., p. 98. En varios estados existen propuestas de reforma a las constituciones locales para introducir instrumentos de control de la constitucionalidad y una magistratura especializada.

[4] Elisur Arteaga Nava, "La constitución local y su defensa. Elementos para una teoría del control de la constitucionalidad", en AA.VV., *La Justicia Constitucional Local*, Eduardo Ferrer MacGregor y Rodolfo Vega (coords.), Fundap, México, 2002; también aparece en *Derecho Procesal Constitucional*, 3ª ed., t. III, Porrúa-Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, A. C., México, 2002.

ro tuviera su origen en la Constitución yucateca de 1841. Los vientos contemporáneos del constitucionalismo mexicano implican una nueva lectura del artículo 41 de la Constitución federal,[5] con el objeto de armonizar el actual sistema de control de la constitucionalidad previsto a nivel federal y los que tibiamente comienzan a resurgir en las entidades federativas.

II. Un nuevo sector del Derecho Procesal Constitucional

Los conceptos tradicionales de justicia o jurisdicción constitucional, divulgados por Kelsen desde 1928, se han venido sustituyendo por la nueva denominación de *Derecho Procesal Constitucional*, sobre todo en las últimas décadas. Esta dinámica y pujante disciplina jurídica está alcanzando progresivamente plena autonomía con serios esfuerzos de sistematización, como se advierte desde el ámbito de la doctrina al aparecer obras específicas con esa denominación en países como Alemania,[6] Argentina,[7] Brasil,[8] Costa Rica,[9] Colombia,[10] España,[11] México,[12] Nicaragua[13] y Perú.[14]

---

[5] En el artículo 41, § 1º, de la actual Constitución federal se encuentra el germen de lo que podrían desarrollar los estados, al señalar: "El pueblo ejerce su soberanía por medio de los Poderes de la Unión, en los casos de la competencia de éstos, y por los de los Estados en lo que toca a sus regímenes interiores, en los términos respectivamente establecidos por la presente Constitución federal y las particulares de los Estados, las que en ningún caso podrán contravenir las estipulaciones del Pacto federal".

[6] Ernst Benda y Eckart Klein, *Lehrbuch des Verfassungsprozssrechts*, 1991; y Christian Pestalozza, *Verfassungsprozessrecht*, 3ª ed., Múnich, C. H. Beck, 1991.

[7] Osvaldo Alfredo Gozaíni, *Derecho Procesal Constitucional*, t. I, Universidad de Belgrano, Buenos Aires, 1999; y Néstor Pedro Sagüés, *Derecho Procesal Constitucional*, 4 t., 4ª ed., Astrea, Buenos Aires, 1995.

[8] Marcus Orione Gonçalvez Correia, *Direito Processual Constitucional*, Saraiva, San Pablo, 1998.

[9] Rubén Hernández Valle, *Derecho Procesal Constitucional*, San José, Juricentro, 1995.

[10] Ernesto Rey Cantor, *Derecho Procesal Constitucional*, *Derecho Constitucional Procesal*, *Derechos humanos procesales*, Ediciones Ciencia y Derecho, Bogotá, 2001; de este mismo autor, *Introducción al Derecho Procesal Constitucional (controles de constitucionalidad y legalidad)*, Universidad Libre, Cali, 1994; y Domingo García Belaunde, *Derecho Procesal Constitucional*, Temis, Bogotá, 2001.

[11] Jesús González Pérez, *Derecho Procesal Constitucional*, Civitas, Madrid, 1980.

[12] Héctor Fix-Zamudio, *Introducción al Derecho Procesal Constitucional*, Fundap-Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, A. C., México, 2002; Eduardo Ferrer Mac-Gregor (coord.), *Derecho Procesal Constitucional*, 3ª ed., 3 t., Porrúa-Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, A. C., México, 2002; Osvaldo Alfredo Gozaíni, *El Derecho Procesal Constitucional y los derechos humanos (vínculos y autonomías)*, UNAM, México, 1995.

[13] Iván Escobar Fornos, *Derecho Procesal Constitucional*, Managua, Hispamer, 1999.

[14] Aníbal Quiroga León, *Derecho Procesal Constitucional Peruano*, Fundap-Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, A. C., México, 2002 (en prensa); Domingo Belaunde, *Derecho Procesal Constitucional* (estudio preliminar de Gerardo Eto Cruz), Marsol, Trujillo, 1998; Elvito A. Rodríguez Domínguez, *Derecho Procesal Constitucional*, Grijley, Lima, 1997.

Asimismo, el Derecho Procesal Constitucional en la actualidad se imparte como materia de licenciatura o posgrado en diversas universidades de América Latina (Argentina, Colombia, Costa Rica, México, Panamá y Perú, entre otros) [15] y existen institutos con el mismo nombre, como el Centro Interdisciplinario de Derecho Procesal Constitucional, de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales del Rosario, Universidad Católica argentina, y la Asociación Colombo-Venezolana de Derecho Procesal Constitucional (Cúcuta, Colombia).

Dicha denominación también ha repercutido en una codificación específica, especialmente en Argentina,[16] Guatemala[17] y Costa Rica,[18] y además se han consolidado en Iberoamérica tribunales u órganos de naturaleza constitucional encargados esencialmente de la interpretación y aplicación directa de la normativa suprema, con independencia de su denominación, a saber: a) como tribunales o cortes constitucionales autónomos ubicados fuera del aparato jurisdiccional ordinario (Chile, Ecuador, Guatemala y Perú); b) como tribunales o cortes autónomos dentro de la propia estructura del poder judicial (Bolivia y Colombia); c) como salas especializadas en materia constitucional pertenecientes a las propias cortes o tribunales supremos (El Salvador, Costa Rica, Nicaragua, Paraguay y Venezuela); d) o como cortes o tribunales supremos ordinarios que realizan funciones de tribunal constitucional, aunque no de manera exclusiva (Argentina, Brasil, Honduras, México, Panamá y Uruguay).[19]

Siguiendo las ideas del maestro Fix-Zamudio,[20] que ha desarrollado notablemente el pensamiento de Mauro Cappelletti, esta disciplina se divide para efectos de estudio en tres sectores:

a. *Derecho Procesal Constitucional de las libertades.* Comprende el estudio de aquellos instrumentos consagrados en los textos fundamentales para la protección de los derechos humanos; en el caso mexicano, aquellos mecanis-

---

[15] Cf. Néstor Pedro Sagüés, "Los desafios del Derecho Procesal Constitucional", en Víctor Bazán (coord.), *Desafíos del control de la constitucionalidad*, Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1996, pp. 21-41.

[16] Ley nº 8.369 de Procedimientos Constitucionales de la provincia de Entre Ríos; y el Código Procesal Constitucional de la provincia de Tucumán. Sobre este último, véase Néstor Pedro Sagüés, "El nuevo Código Procesal Constitucional de la Provincia de Tucumán", en *Revista de Derecho Procesal*, nº 4, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2000, pp. 443-462

[17] Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad (1986).

[18] Ley nacional nº 7.135 de Jurisdicción Constitucional (1989).

[19] Sobre estas variantes, véase Néstor Pedro Sagüés, "Reflexiones sobre las variables de éxito y de fracaso de un tribunal constitucional", ponencia presentada en el VII Congreso Venezolano de Derecho Constitucional, San Cristóbal, estado Táchira, noviembre de 2001.

[20] Cf. "Breves reflexiones sobre el concepto y el contenido del Derecho Procesal Constitucional", en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1999, pp. 89-119; también reproducido en AA.VV., *Derecho Procesal Constitucional*, t. I, op. cit. Asimismo, véase su reciente obra, *Derecho Constitucional mexicano y comparado* (con Salvador Valencia Carmona), 2ª ed., Porrúa-UNAM, México, 2001, pp. 203-216.

mos que protegen esencialmente la parte dogmática de la Constitución (garantías individuales), así como los derechos humanos contenidos en los instrumentos internacionales.

b. *Derecho Procesal Constitucional orgánico.* Se encarga del análisis de los procesos y procedimientos para proteger las atribuciones y competencias constitucionales de los distintos órganos de poder, donde también se puede ubicar el control constitucional abstracto de las disposiciones legislativas. Fundamentalmente en México se prevén a las acciones de inconstitucionalidad y a las controversias constitucionales.[21]

c. *Derecho Procesal Constitucional transnacional*. Constituye un sector que cada día adquiere mayores dimensiones debido a la importancia creciente de los pactos y compromisos internacionales y de la creación de tribunales supranacionales, especialmente aquéllos relativos a la protección de los derechos fundamentales, como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo o la Corte Interamericana de Derechos Humanos de San José, Costa Rica, que realizan una función semejante a la de los tribunales constitucionales en el ámbito interno.[22]

Sin embargo, en la actualidad se puede afirmar la configuración de un nuevo sector que puede denominarse *Derecho Procesal Constitucional local*,[23] que comprende el estudio de los distintos instrumentos encaminados a proteger ya no las constituciones federales o nacionales, sino los ordenamientos, constituciones o estatutos de los estados, provincias o comunidades autónomas. Si bien en ciertos países como Argentina[24] y Alemania ha tenido un desarrollo considerable,[25] recientemente también en España, mediante la ley orgánica 7/1999, de 21 de abril, se ha introducido una

---

[21] Debe destacarse que, si bien estos instrumentos están diseñados especialmente para proteger la parte órganica de la Constitución, de manera excepcional también pueden salvaguardar la parte dogmática, es decir, las garantías individuales y los derechos humanos contenidos en los instrumentos internacionales.

[22] Cf. Eduardo Ferrer Mac-Gregor, *Los tribunales constitucionales en Iberoamérica,* Fundap-Colegio de Secretarios de la SCJN, A. C., México, 2002, pp. 121 y ss.

[23] Preferimos la expresión "local" que la de "estatal" o "estadual", para comprender al Distrito Federal, así como en el Derecho comparado a los estatutos u ordenamientos supremos de las provincias o comunidades autónomas.

[24] Cf., entre otros, Domingo García Belaunde, "El control de constitucionalidad en la ciudad autónoma de Buenos Aires", en *Revista Argentina de Derecho Constitucional*, nº 3, Buenos Aires, 2001; Víctor Bazán, "Posibles vías de corrección de las omisiones inconstitucionales en los ámbitos del Derecho Público de la ciudad autónoma de Buenos Aires y provincial argentino", en *Derecho Procesal Constitucional,* t. III, op. cit.; Néstor Pedro Sagüés, "El nuevo Código Procesal Constitucional de la Provincia de Tucumán", en *Revista de Derecho Procesal*, nº 4, cit.

[25] También esta tendencia se ve reflejada de alguna manera en Venezuela. Cf. Allan R. Brewer-Carías, "La justicia constitucional local en Venezuela", en AA.VV., *La Justicia Constitucional local,* op. cit., reproducido en *Derecho Procesal Constitucional*, op. cit., t. III.

nueva competencia al Tribunal Constitucional para conocer de los *conflictos en defensa de la autonomía local*.[26]

En Alemania, por ejemplo, se ha consagrado una doble jurisdicción constitucional: la desarrollada por el Tribunal Constitucional federal y la encomendada a los quince Tribunales Constitucionales de los *Länder.* Incluso, la Ley Fundamental alemana en su artículo 99 prevé la posibilidad de ceder la jurisdicción local hacia la jurisdicción federal, es decir, para que conozca el Tribunal Constitucional federal de los litigios constitucionales derivados de la interpretación de la normativa constitucional local, como es el caso del *Land* de Schleswig-Holstein, que carece de una jurisdicción constitucional propia. En este caso, como señala Norbert Lösing, "el parámetro de control del Tribunal Constitucional federal es la Constitución del *Land*".[27]

A pesar de que en México, a partir de la Constitución federal de 1824, los ordenamientos supremos de las distintas entidades federativas han previsto diversos instrumentos para su propia protección (fundamentalmente encomendados a los poderes Ejecutivo y Legislativo), no han tenido aplicabilidad debido a la concentración del control de la constitucionalidad a través del juicio de amparo federal. No debe perderse de vista que la institución del amparo se previó por primera vez en un ordenamiento local, como lo fue la Constitución yucateca de 1841 (artículos 8º, 9º y 62), y luego se consagró a nivel federal en las Constituciones de 1857 (artículos 101 y 102) y en la actual de 1917 (artículos 103 y 107). A continuación nos referiremos al nacimiento del juicio de amparo en la citada Constitución del estado de Yucatán.

III. El origen del juicio de amparo local

En mayo de 1839 el estado de Yucatán —que comprendía entonces el territorio de los actuales estados de Campeche, Quintana Roo y parte de Tabasco—, desconoció el sistema centralista que prevaleció en la República mediante las Siete Leyes Constitucionales, y adoptó un régimen federal.

El 23 de diciembre de 1840 se elaboró un proyecto de Constitución suscrito por los diputados Manuel Crescencio García Rejón y Alcalá, Pedro C. Pérez y Darío Escalante, aunque la autoría se atribuye al primero de ellos. En este documento histórico se contempló un catálogo unitario de derechos humanos, que se llamaron "garantías individuales", en las nueve fracciones que contenía el artículo 62, denominación que se acogió en la Constitución federal de 1857 y en la actual de 1917.

---

[26] Cf. José Luis Fernández Rodríguez, y Joaquín Brage Camazano, "Los conflictos en defensa de la autonomía local: una nueva competencia del Tribunal Constitucional", en *Revista Aragonesa de Administración Pública*, nº 17, 2000, pp. 459-502.

[27] Cf. "La doble jurisdicción constitucional en Alemania", en *La Justicia Constitucional local*, op. cit., que aparece también en *Derecho Procesal Constitucional*, t. III, op. cit.

Ante esta declaración de derechos del hombre, por primera vez en la historia de México se creó un sistema de defensa de la constitucionalidad de las leyes y de las propias garantías individuales por vía jurisdiccional (antes existió el Supremo Poder Conservador, cuya naturaleza fue eminentemente política). Así se desprende de los artículos 53, 63 y 64 del proyecto de Constitución en análisis:

> Artículo 53: Corresponde a este tribunal reunido [Suprema Corte de Justicia de Yucatán]:
>
> I. *Amparar* en el goce de sus derechos a los que le pidan su protección, contra leyes y decretos de la legislatura que sean contrarios a la Constitución: o contra las providencias del Gobernador o Ejecutivo reunido, cuando con ellas se hubiese infringido el Código fundamental o las leyes, limitándose en ambos casos a reparar el agravio en la parte en que éstas o la Constitución hubiesen sido violadas.
>
> […]
>
> Artículo 63: Los jueces de primera instancia ampararán en el goce de los derechos garantizados por el artículo anterior a los que les pidan su protección contra cualesquiera funcionarios que no correspondan al orden judicial, decidiendo breve y sumariamente las cuestiones que se susciten sobre los asuntos indicados.
>
> Artículo 64: De los atentados cometidos por los jueces contra los citados derechos, conocerán sus respectivos superiores con la misma preferencia de que se ha hablado en el artículo precedente, remediando desde luego el mal que les reclame, y enjuiciando inmediatamente al conculcador de las mencionadas garantías.

Como se advierte de los anteriores preceptos, se establece una acción ante los jueces de primera instancia para proteger las garantías individuales, a la vez que una diversa acción ante la Suprema Corte de Justicia del Estado de Yucatán contra las leyes del Congreso o los actos del Ejecutivo que violaran la Constitución. De esta forma se establece un sistema de control de la constitucionalidad de las leyes y actos de autoridad.

Resulta relevante la utilización, por vez primera dentro del constitucionalismo mexicano, de la expresión "amparar", aunque este verbo ya aparecía en resoluciones de la época virreinal.[28] Sin embargo, el término proviene indiscutiblemente del Derecho español, utilizado desde la Edad Media en los procesos forales aragoneses, en los cuales el justicia mayor y sus lugartenientes amparaban[29] a los solicitantes sobre sus bienes, derechos y persona al hacer respetar un alto ordenamiento como lo fue el Privilegio General,[30] en el cual se establecieron ciertos derechos fundamentales.

El proyecto fue aprobado por el Congreso local el 31 de diciembre de 1841 y entró en vigor el 16 de mayo siguiente. Los reproducidos preceptos se convirtieron en

---

[28] Cf. Andrés Lira González, *El amparo colonial y el juicio de amparo mexicano. Antecedentes novohispanos del juicio de amparo*, Fondo de Cultura Económica, México, 1972.

[29] En las resoluciones del justicia mayor de Aragón y de sus lugartenientes se utilizó el verbo *amparar*, por lo cual se considera que es a través del ordenamiento castellano que se introduce dicho vocablo como sinónimo de protección en la América española.

[30] Otorgado por Pedro III en 1283 y elevado a la condición de fuero por Pedro IV en 1348.

texto vigente al convertirse en los artículos 8º, 9º y 62 de la Constitución del estado de Yucatán.

De esta forma, como desde hace tiempo lo advirtió González Oropeza, a más de ciento cincuenta años, hay que encontrar la potencialidad del pensamiento de Rejón e implementar el *amparo local* como él lo hizo en Yucatán; una expresión contemporánea está en el artículo 10 de la Constitución de Chihuahua de 1921, que asigna la obligación al Supremo Tribunal del Estado para resolver quejas por violaciones a las garantías individuales. Aquí está el comienzo de la reivindicación de Rejón.[31]

A continuación nos referiremos en primer término al caso del estado de Veracruz, cuya Constitución fue reformada de manera integral en el año 2000; dentro de la estructura del Tribunal Superior de Justicia se creó una Sala Constitucional que es la punta de lanza para el resurgimiento del Derecho Procesal Constitucional local en México, al modificarse también las Constituciones de los estados de Coahuila y Tlaxcala.

IV. La Constitución del estado de Veracruz

El 3 de febrero de 2000 aparece publicada en la *Gaceta Oficial* número 24 del estado de Veracruz, la ley nº 53, que reforma y deroga diversas disposiciones de la Constitución Política de dicha entidad, que data de 1917.[32] Para comprender su importancia en lo relativo al control de la constitucionalidad local es necesario acudir a su iniciativa, al debate en el Congreso y a su aprobación final, que atribuye una nueva composición orgánica a su Poder Judicial, así como novedosas competencias que resultan características de los tribunales constitucionales contemporáneos. Son relevantes la articulación de estos mecanismos con los previstos a nivel federal y el fallo reciente de la Suprema Corte de Justicia que avala la constitucionalidad de los instrumentos locales.

1. Iniciativa de reforma, debate y aprobación

El gobernador del estado de Veracruz presentó formalmente la iniciativa de reformas a la Constitución de dicha entidad el 13 de septiembre de 1999. En la exposición de motivos relativa se hizo hincapié en las nuevas e importantes atribuciones propuestas para el Poder Judicial, al servir como garantía a la supremacía constitucio-

---

[31] Manuel González Oropeza, "Yucatán: el origen del amparo local", en *Revista Jurídica Jalisciense*, año 3, nº 5, enero-abril de 1993; reproducido en *Historia del amparo en México*, t. I, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, pp. 99-112, en p. 112.

[32] Sobre estas reformas, véanse Francisco Berlín Valenzuela, "Nuevos contenidos constitucionales para el Estado de Veracruz", y Judith Aguirre Moreno, "Evolución del Derecho Constitucional veracruzano", en *Derecho Constitucional estatal*, op. cit., pp. 461-472 y 447-459, respectivamente.

nal local —materia de poco o nulo desarrollo tanto teórico como práctico en la historia jurídica nacional—, con la creación de una Sala Constitucional integrada por tres magistrados y adscrita al Tribunal Superior de Justicia.

Otro aspecto fundamental lo constituyó la propuesta de introducir en el texto normativo supremo un catálogo de "derechos humanos", que constituye, en sí mismo, una innovación de relieve, porque con él se supera el limitado concepto de "garantías individuales" utilizado expresamente en la propia Constitución federal, para permitir el paso al reconocimiento y la protección de los más recientes y universalmente aceptados derechos, como son los relacionados con el ambiente, el honor, la intimidad y el desarrollo de la personalidad.

Durante los meses de septiembre, octubre y noviembre del mismo año, la iniciativa fue discutida en el seno del Congreso, donde se formaron nueve subcomisiones para analizarla. Con variaciones en muy pocos artículos, el proyecto de ley se aprobó con 34 votos a favor (8 en contra y 3 ausencias), así como por el voto favorable de 194 ayuntamientos (16 en contra) y entró en vigor al día siguiente de su publicación en la *Gaceta Oficial*, es decir, el 4 de enero de 2000. En este sentido se exceptuaban las disposiciones en materia electoral (que iniciarían su vigencia al día siguiente de aquel en que se tenga por concluido el proceso electoral del año 2000) y lo relativo a la acción por omisión legislativa, cuyo conocimiento se encargó a la Sala Constitucional y al Pleno del Tribunal Superior de Justicia, que inició su vigencia el 1º de enero de 2001; es decir, se otorgó una *vacatio legis* de más de once meses, con el objeto de que se revisara y actualizara el marco jurídico de dicho estado. Quedó pendiente la expedición de las leyes que reglamentan los nuevos procesos constitucionales locales, que hasta la fecha no se ha realizado.

Además de las disposiciones de la Constitución veracruzana, deben tenerse en cuenta las contenidas en la nueva Ley Orgánica del Poder Judicial, publicada en la *Gaceta Oficial* nº 148, el 26 de julio de 2000, que armonizan la reforma constitucional aludida.

2. Competencia del Pleno del Tribunal

El Tribunal Superior de Justicia se integra por una sala constitucional, tres salas penales, tres salas civiles y una sala electoral. Cada sala se compone de tres magistrados que duran en su cargo diez años improrrogables. Sin embargo, el Pleno del Tribunal no se compone de todos los magistrados, sino que únicamente se integra por el presidente del Tribunal y los presidentes de cada una de sus salas, con excepción de la electoral.

El Pleno, actuando como tribunal constitucional, conoce de:

1. Las *controversias constitucionales* que surjan entre dos o más municipios, uno o más municipios y el poder ejecutivo o el legislativo locales, o el poder ejecutivo y el legislativo. Los efectos de las sentencias pueden ser generales, cuando ellas sean aprobadas por las dos terceras partes de los miembros del Pleno.

2. Las *acciones de inconstitucionalidad* (control abstracto) en contra de leyes o decretos, que debe ejercitarse dentro de los treinta días siguientes a su promulgación y publicación. Tendrán legitimación el gobernador del estado y la tercera parte de los miembros del Congreso local, y para que la sentencia tenga efectos generales se requiere la misma votación calificada que en el caso de las controversias constitucionales.

3. Las *acciones por omisión legislativa*, cuando se considere que el Congreso no ha aprobado alguna ley o decreto y que dicha omisión afecta el debido cumplimiento de la Constitución local. Tendrán legitimación el gobernador del estado o la tercera parte de los ayuntamientos. En la resolución se determinará un plazo que comprenda dos períodos de sesiones ordinarias del Congreso del estado, para que éste expida la ley o el decreto de que se trate la omisión. Si no se atiende con la resolución en dicho plazo, el Tribunal Superior de Justicia dictará las bases a que deban sujetarse las autoridades, en tanto se expida dicha ley o decreto.

Este mecanismo, que también prevé el estado de Tlaxcala (incluso de manera más amplia), representa una innovación en nuestro sistema y debería servir de pauta para su incorporación en la Constitución federal, que ha tenido un desarrollo notable en el Derecho Comparado.[33]

3. Competencia de la Sala Constitucional

Las atribuciones que se confieren a la Sala Constitucional resultan menores:

a. Conocer y resolver el *juicio para la protección de derechos humanos* (una especie de amparo local), por actos o normas de carácter general que conculquen los derechos humanos que el pueblo veracruzano se reserve, provenientes del Congreso o del gobernador del estado, o de los titulares de las dependencias o entidades de la administración pública estatal, municipal y de los organismos autónomos del propio estado.
b. Conocer y resolver, en única instancia, en las resoluciones del ministerio público sobre la reserva de la averiguación previa, el no ejercicio de la acción penal y las resoluciones de sobreseimiento que dicten los jueces con motivo de las peticiones de desistimiento que formule ese representante social.
c. Sustanciar los procedimientos en materia de controversias constitucionales, acciones de inconstitucionalidad y acciones por omisión legislativa, y formular los proyectos de resolución definitiva que se sometan al pleno del Tribunal.

---

[33] Sobre el tema, véase la documentada obra de José Luis Fernández Rodríguez, *La inconstitucionalidad por omisión. Teoría general. Derecho comparado. El caso español*, Civitas, Madrid, 1998.

d. Dar respuesta fundada y motivada a las peticiones formuladas por los demás tribunales y jueces del estado, cuando tengan duda sobre la constitucionalidad o aplicación de una ley local, en el proceso sobre el cual tengan conocimiento. Las peticiones tendrán efectos suspensivos y deberán ser desahogadas en un plazo no mayor de treinta días naturales.

Como puede apreciarse, la Sala Constitucional tiene reducida su competencia en materia de control de la constitucionalidad, ya que, tratándose de las controversias constitucionales, acciones de inconstitucionalidad y acciones por omisión legislativa, no resuelve, sino que su actuación se limita a la etapa de instrucción y a formular el proyecto respectivo que en definitiva se somete a la consideración del Pleno del Tribunal. De igual forma, por lo que hace al inciso *b*, en realidad su conocimiento y resolución sobre el no ejercicio de la acción penal y los demás supuestos ahí señalados no implican, en principio, un genuino control constitucional.

La competencia de la Sala Constitucional actuando estrictamente como órgano especializado y terminal de naturaleza constitucional se reduce a las hipótesis del juicio para la protección de derechos humanos (amparo local) y a la consulta que realicen los demás jueces sobre la constitucionalidad de una norma local en un proceso concreto.

En resumen, el control de la constitucionalidad local queda dividido entre el Pleno del Tribunal y la Sala Constitucional, según el tipo de proceso constitucional de que se trate. Esta bifurcación de competencias no resulta lógica si se ha creado una sala especializada para la interpretación y aplicación de la Constitución veracruzana, por lo que en el futuro sería deseable ampliar sus atribuciones para que se configure como una auténtica jurisdicción constitucional, o bien desaparecerla, dejando tal atribución al Pleno del Tribunal.

4. Primera sentencia en acción de inconstitucionalidad y su articulación con el juicio de amparo federal

Si bien la Sala Constitucional sólo ha conocido en los casos referidos por el no ejercicio de la acción penal y supuestos a que se hicieron mención en el inciso *b* de la sección anterior (que en principio no implican un auténtico control constitucional),[34] sustanció la acción de inconstitucionalidad 1/2001 y sometió el proyecto de resolución a la consideración del Pleno del Tribunal, el cual dictó su fallo el 14 de mayo del

[34] Sobre la procedencia del juicio de amparo (directo o indirecto) en este supuesto, véase la tesis 137, emitida por el Primer Tribunal Colegiado en Materia Penal del Séptimo Circuito, cuyo rubro es: "Tribunales colegiados de circuito. Carecen de competencia legal para conocer, en amparo directo, de las resoluciones dictadas por la Sala Constitucional del Tribunal Superior de Justicia del estado en el recurso de queja interpuesto contra el acuerdo de no ejercicio de la acción penal (legislación del estado de Veracruz)", que aparece publicada en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XV, abril de 2002, p. 1371.

mismo año. En realidad no entró al fondo, debido a que resolvió desechar la demanda, al carecer la promovente de legitimación activa, es decir, al haberla presentado una persona física y no el gobernador o el tercio de los integrantes del Congreso del estado, únicos legitimados para intentar esta vía.

En contra de la resolución definitiva del Pleno del Tribunal, se promovió amparo directo a nivel federal, que correspondió conocer al Segundo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Séptimo Circuito (A.D. 666/2001), al estimar infringidas las garantías individuales previstas en los artículos 14, 16 y 17 de la Constitución federal. Dicho tribunal de amparo resolvió negar la protección de la justicia federal, por estimar esencialmente que el Pleno del Tribunal Superior de Justicia de Veracruz actuó de manera correcta al haber desechado la demanda de acción de inconstitucionalidad por falta de legitimación de la promovente. Esta última resolución resulta importante por cuanto traza el camino relativo a la debida articulación entre lo que resuelva el Tribunal Pleno y la Sala Constitucional de referencia, y el juicio de amparo a nivel federal.

5. El aval de la Suprema Corte de Justicia federal

El 9 de mayo de 2002, el Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación resolvió diversas controversias constitucionales (15, 16, 17, 18/2000),[35] presentadas por varios ayuntamientos del estado de Veracruz que demandaron, entre otras cuestiones, la invalidez del decreto de reforma integral a la Constitución veracruzana, al estimar que con la creación del juicio para la protección de derechos humanos, cuya competencia se atribuye a la Sala Constitucional del Tribunal Superior de Justicia de dicha entidad, se invade la esfera competencial de los tribunales de la federación, específicamente por lo que hace al juicio de amparo federal.

La Suprema Corte federal (por mayoría de votos) estimó constitucional la reforma aludida, al estimar esencialmente que el juicio para la protección de derechos humanos sólo se limita a salvaguardar la normativa local a través de un órgano instituido por la propia Constitución del estado de Veracruz, como lo es la Sala Constitucional, sin que ésta cuente con atribuciones para pronunciarse sobre violaciones a las garantías individuales previstas en la Constitución federal, además de que el instrumento local prevé la reparación del daño, característica ésta que difiere del juicio de amparo federal. Asimismo, los artículos 39, 40 y 41, § 1, de la normativa suprema federal establecen las bases de la autonomía local, en tanto de ellos deriva el régimen de gobierno republicano federal, integrado por estados libres y soberanos en todo lo

---

[35] Estas controversias constitucionales fueron presentadas por los ayuntamientos del municipio de la Antigua (15/2000), municipio de Córdoba (16/2000), municipio de Tomatlán (17/2000) y municipio de San Juan Rodríguez Clara (18/2000), todos del estado de Veracruz.

relativo al régimen interno, aunque unidos en un pacto federal; y que el pueblo ejerce su soberanía, por lo que hace a dichos regímenes interiores, en los términos que dispongan las Constituciones locales. Esta autonomía local, incluso, se prevé de manera directa en el artículo 116, fracción III, de la Constitución federal, que establece la posibilidad de que los poderes de los estados se organicen conforme a la Constitución de cada uno de ellos; y, específicamente, que el Poder Judicial se ejercerá por los tribunales y mediante las reglas que señalen dichos ordenamientos locales.

El criterio del Pleno de la Suprema Corte de Justicia quedó reflejado en la tesis XXXIII/2002, cuyo rubro y texto señalan:

> CONTROVERSIA CONSTITUCIONAL. LA FACULTAD OTORGADA A LA SALA CONSTITUCIONAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL ESTADO DE VERACRUZ-LLAVE PARA CONOCER Y RESOLVER EL JUICIO DE PROTECCIÓN DE DERECHOS HUMANOS, PREVISTO EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE ESA ENTIDAD FEDERATIVA, NO INVADE LA ESFERA DE ATRIBUCIONES DE LOS TRIBUNALES DE LA FEDERACIÓN, PUES AQUÉL SE LIMITA A SALVAGUARDAR, EXCLUSIVAMENTE, LOS DERECHOS HUMANOS QUE ESTABLECE EL PROPIO ORDENAMIENTO LOCAL. De la interpretación armónica y sistemática de lo dispuesto en los artículos 4º, párrafo tercero, 56, fracciones I y II y 64, fracción I, de la Constitución Política del Estado de Veracruz-Llave, así como de la exposición de motivos del decreto que aprobó la Ley Número 53 mediante la cual aquéllos fueron reformados, se desprende que la competencia que la Constitución local le otorga a la Sala Constitucional del Tribunal Superior de Justicia del Estado de Veracruz-Llave, se circunscribe a conocer y resolver el juicio para la protección de derechos humanos, pero únicamente por cuanto hace a la salvaguarda de los previstos en la Constitución de aquella entidad federativa, por lo que dicha Sala no cuenta con facultades para pronunciarse sobre violaciones a las garantías individuales que establece la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Acorde con lo anterior, se concluye que los preceptos citados no invaden las atribuciones de los tribunales de la Federación, en tanto que el instrumento para salvaguardar los derechos humanos que prevé la Constitución local citada, se limita exclusivamente a proteger los derechos humanos que dicha Constitución reserve a los gobernados de esa entidad federativa; mientras que el juicio de amparo, consagrado en los artículos 103 y 107 de la propia Constitución Federal, comprende la protección de las garantías individuales establecidas en la parte dogmática del Pacto Federal, de manera que la mencionada Sala Constitucional carece de competencia para resolver sobre el apego de actos de autoridad a la Carta Magna. Lo anterior se corrobora si se toma en consideración que el instrumento jurídico local difiere del juicio de garantías en cuanto a su finalidad, ya que prevé que la violación de los derechos humanos que expresamente se reservan implicará la sanción correspondiente y, en su caso, la reparación del daño conforme lo dispone el artículo 4º de la propia Constitución estatal, lo que no acontece en el indicado mecanismo federal.

Cuatro ministros formularon voto minoritario, sosteniendo la invalidez del precepto que regula el juicio para la protección de derechos humanos, considerando fundamentalmente que, al coincidir el catálogo de los derechos humanos previstos en la Constitución veracruzana con las garantías individuales establecidas en la Constitución federal, se duplican las instancias, siendo atribución exclusiva de los tribunales de la federación, a través del juicio de amparo, conocer de los actos o leyes que

vulneren dichas garantías individuales, de conformidad con el artículo 103 de la Constitución federal.

V. La Constitución del estado de Coahuila

El 20 de marzo de 2001 aparece publicado en el *Periódico Oficial del Estado de Coahuila* el decreto número 148, que reforma, adiciona y deroga diversas disposiciones a la Constitución de dicha entidad federativa. Siguiendo el camino trazado en la Constitución veracruzana, el capítulo IV del título V se refiere a "La Justicia Constitucional Local", que se erige dentro del régimen interior del Estado como un medio de control para mantener la eficacia y la actualización democrática de la norma fundamental de ese Estado, bajo el principio de supremacía constitucional, sin perjuicio de los instrumentos de carácter federal (artículo 158).

El Tribunal Superior de Justicia, en su carácter de tribunal constitucional local, conoce de:

A. Las *controversias constitucionales* (conflictos competenciales y de atribuciones entre órganos del estado locales), excluyendo las que se refieran a la materia electoral. Las resoluciones tendrán efectos de cosa juzgada únicamente respecto de las partes que intervienen, o efectos generales cuando se forme la jurisprudencia local.

Las controversias se pueden suscitar entre: a) el poder ejecutivo y el legislativo; b) el poder ejecutivo y uno o más municipios del estado; c) el poder legislativo y una o más entidades paraestatales o paramunicipales del propio estado; d) un municipio y otro u otros del estado; e) uno o más municipios y una o más entidades paraestatales o paramunicipales del estado; f) una o más entidades paraestatales y otra u otras paramunicipales del estado.

Este instrumento tiene por objeto resolver sobre si el acto o los actos reclamados son conformes o contrarios a la Constitución local, con base en el principio de supremacía constitucional establecido en el artículo 133 de la Constitución federal, y por vía de consecuencia declarar su validez o invalidez.

B. La *acción de inconstitucionalidad* (control abstracto de constitucionalidad de normas generales locales), teniendo efectos *erga omnes* las sentencias únicamente cuando exista mayoría absoluta de los miembros del Tribunal.

Tendrán legitimación activa: a) el equivalente al treinta por ciento de los integrantes de los ayuntamientos o concejos municipales en contra de los bandos de policía y de gobierno, los reglamentos, circulares y disposiciones administrativas de observancia general, aprobados por los propios ayuntamientos o concejos municipales; b) el ejecutivo del estado por sí o por conducto de quien lo represente legalmente, o el equivalente al treinta por ciento de los integrantes del poder legislativo, en contra de las mismas disposiciones de observancia general señaladas en el inciso anterior; y c) el ejecutivo del estado, por sí o por conducto de quien lo represente legalmente, o el equivalente al treinta por ciento de los integrantes de los ayuntamientos o concejos municipales en contra de las leyes, decretos o acuerdos que apruebe el Congreso del estado.

El plazo para promover es de treinta días naturales siguientes a la fecha de publicación de la norma o acuerdo general o de que se tenga conocimiento de ellas.

C. Un *control difuso*, al preverse la posibilidad de que, cuando la autoridad jurisdiccional considere en su resolución que una norma es contraria a la normativa suprema local, deberá declarar de oficio su inaplicabilidad para el caso concreto, existiendo la posibilidad de que el Tribunal Superior de Justicia revise la resolución respectiva de forma definitiva e inatacable.

VI. La Constitución del estado de Tlaxcala

Dos meses después de las reformas de Coahuila, y en la misma dirección, aparecen publicadas las reformas a la Constitución del estado de Tlaxcala (decreto nº 107, *Periódico Oficial* de la entidad de 18 de mayo de 2001).

El Pleno del Tribunal Superior de Justicia de Tlaxcala, actuando como tribunal constitucional, conoce (artículo 81):

A. De los medios de defensa que hagan valer los particulares contra leyes o actos de autoridades que vulneren los derechos fundamentales consagrados en la Constitución local (una especie de amparo estatal).

B. De los *juicios de competencia constitucional* (lo que en Coahuila y a nivel federal se conoce como controversias constitucionales, es decir, conflictos entre órganos del estado locales).

Los conflictos competenciales pueden suscitarse entre: a) los poderes legislativo y ejecutivo del estado; b) el poder legislativo y un ayuntamiento o concejo municipal; c) el poder ejecutivo y un ayuntamiento o concejo municipal; d) dos o más ayuntamientos o concejos municipales, de municipios diferentes, siempre que no se trate de cuestiones relativas a sus límites territoriales, en cuyo caso la decisión se encomienda al congreso local; e) dos o más munícipes de un mismo ayuntamiento o concejo municipal, incluidos los presidentes de comunidad.

El plazo para el ejercicio de la acción es de treinta días naturales, contados a partir de aquél en que la parte actora haya tenido conocimiento del acto o norma jurídica que pretende impugnar.

Existe la posibilidad de suspender la ejecución de los actos materiales que se impugnen, salvo que con ello se cause mayor perjuicio al interés público, a criterio del órgano de control constitucional. En ningún caso procede la suspensión cuando se trate de normas jurídicas.

Las resoluciones que versen sobre normas jurídicas requieren una votación calificada de diez magistrados, a fin de declarar su invalidez; en caso contrario, se desestimará la impugnación.

C. De *las acciones de inconstitucionalidad* (control abstracto) que se promuevan contra normas jurídicas de carácter general locales, en dos supuestos, a saber:

1. Cuando se impugnen normas jurídicas provenientes del Congreso del estado, tienen legitimación activa: a) el veinticinco por ciento de los diputados que integran el poder legislativo estatal; b) la Comisión Estatal de Derechos Humanos; c) la Universidad Autónoma de Tlaxcala; d) el procurador general de justicia del estado; y e) los partidos políticos debidamente registrados ante el Instituto Electoral del estado, en los asuntos de la materia electoral.

2. Cuando se trate de normas jurídicas provenientes de algún ayuntamiento o concejo municipal, la parte legitimada será: a) el veinticinco por ciento de los municipios del mismo ayuntamiento o concejo municipal, incluidos los presidentes de comunidad; b) los diputados en cuyo distrito electoral se comprenda el ayuntamiento o concejo municipal que haya expedido la norma impugnada; c) el gobernador del estado; d) la Comisión Estatal de Derechos Humanos; e) las universidades públicas estatales; f) el procurador general de justicia del estado, en los asuntos relativos a sus funciones.

En los dos casos el plazo para el ejercicio de la acción es de noventa días naturales, contados a partir de aquél en que la norma jurídica que se impugne haya sido publicada en el periódico oficial de la entidad.

No procede la suspensión de la norma jurídica en ningún supuesto.

D. De *las acciones contra la omisión legislativa* imputables al Congreso, gobernador y ayuntamientos o concejos municipales, por la falta de expedición de las normas jurídicas de carácter general, a que están obligados en términos de las Constituciones federal y local.

El ejercicio de esta acción se reserva a las autoridades estatales y municipales y a las personas residentes en el estado.

De verificarse la omisión legislativa, se concederá a la autoridad responsable un plazo que no exceda de tres meses para expedir la norma jurídica solicitada.

VII. A manera de conclusión

A partir del año 2000, mediante las reformas a las Constituciones de los estados de Veracruz, Coahuila y Tlaxcala, resurge un nuevo sector del Derecho Procesal Constitucional en México, que denominamos *local*, debido a la creación de distintos instrumentos de índole jurisdiccional para la protección, preservación, interpretación y aplicación directa de la normativa suprema de esos estados, a semejanza de lo que ocurre en algunos otros países.

De esta forma se introducen a) *amparos locales*, para la protección de los derechos humanos previstos en las constituciones estatales; b) *acciones de inconstitucionalidad*, como mecanismos abstractos para impugnar normas generales de la entidad federativa, otorgando legitimación a múltiples sujetos y organismos; c) *controversias competenciales* o de atribuciones entre órganos locales; d) incluso se incorpora la *acción por omisión legislativa* en los ordenamientos de Tlaxcala y Veracruz, norma-

tividad que puede resultar de ejemplo para su incorporación a nivel federal, a través de una reforma a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que paulatinamente ha incrementado sus instrumentos de control de la constitucionalidad, al margen del tradicional y centenario juicio de amparo federal, que hasta la reforma de 31 de diciembre de 1994 constituía el único instrumento efectivo de defensa de la Carta Fundamental.

Asimismo, resultan relevantes las jurisdicciones especializadas en materia constitucional que se están forjando en los estados, realizando dicha función el pleno de los Tribunales Superiores de Justicia (Veracruz, Coahuila y Tlaxcala); o bien creándose una Sala Constitucional, como la adscrita al Tribunal Superior de Justicia de Veracruz, no obstante las fallas técnicas que se advierten al dividir el control de la constitucionalidad entre ésta y el Pleno del Tribunal. Si bien recientemente la Suprema Corte federal convalidó parte de la competencia de esta Sala Constitucional cuando conoce del juicio para la protección de los derechos humanos (amparo local), se requiere un mayor dinamismo en su actuación para que asuma el trascendental papel histórico que se le ha confiado en aras de consolidar el federalismo mexicano, lo cual puede lograrse, como primer paso, si el Congreso de dicha entidad expide las leyes que reglamenten los distintos instrumentos locales, lo cual, de conformidad con el artículo tercero transitorio de la reforma, debió ocurrir en un lapso no mayor de 180 días naturales siguientes a su entrada en vigor. El éxito o fracaso del nuevo sistema dependerá de la expedición de esas leyes y, por supuesto, de la actuación eficaz de los magistrados integrantes de esta Sala, que la confirmen como una auténtica jurisdicción constitucional en su dimensión local.

Parecería que estos mecanismos de control de la constitucionalidad están surgiendo como brotes silvestres y aislados, por lo que es necesario continuar el debate a nivel nacional para su debida articulación con los previstos en el ámbito federal. El camino comienza a trazarse y tal vez ahora, cuando se habla de reformas integrales a la Constitución vigente de 5 de febrero de 1917, sea el momento oportuno para analizar los nuevos desafíos que afronta el Derecho Procesal Constitucional mexicano.

Roberto Stocco (Argentina) *

Derecho Procesal Internacional: el Departamento de Cooperación Internacional de la Suprema Corte de Justicia de Mendoza (República Argentina) como factor movilizador de la asistencia judicial internacional. Actualización

I. La provincia de Mendoza y el diligenciamiento de exhortos internacionales

Este trabajo está referido al área de la *cooperación jurisdiccional internacional*, con especial referencia al diligenciamiento de exhortos que se tramitan en los tribunales de la provincia de Mendoza. La situación de la cual se parte es la necesidad de implementar, en la justicia provincial, el dinamismo, la colaboración y la asistencia que impone el cumplimiento de las distintas convenciones en la escena del Derecho Privado Internacional actual.

A modo de referencia y en términos estadísticos, en la provincia se tramitaron a lo largo de 1998 un total de 38 exhortos internacionales. Esta cifra incluye exhortos pasivos y activos —esto es, exhortos recibidos de tribunales foráneos para ser tramitados en nuestra provincia, en el primer caso, y exhortos remitidos por jueces locales para ser tramitados en el extranjero, en el segundo—. En esta cifra se incluyen los exhortos tramitados en las cuatro circunscripciones en que se divide la actividad jurisdiccional del territorio provincial. Dicha cifra se elevó en el año 1999 a 65 rogatorias;

---

* Abogado. Juez de la provincia de Mendoza en el fuero de Pequeñas Causas. Coordinador del DECI de la Suprema Corte de Justicia. Profesor de Derecho Internacional Privado en las Universidades de Mendoza y de San Luis (rstocco@jus.mendoza.gov.ar).

en el año 2000 se llegó a 94, y en lo que va de este año 2001 se ha alcanzado la suma de 80.

Un cambio decisivo se produjo a principios de 1998, cuando se advirtió, en el primer mes de trabajo de tribunales, un abrupto aumento en el número de exhortos internacionales a diligenciar, mucho mayor que el de años anteriores y cuya tramitación carecía de implementación técnica adecuada.

Se comenzó haciendo un trabajo de relevamiento de datos, y las encuestas practicadas permitieron esclarecer un cuadro de necesidades de nuestros jueces en el tema en cuestión. Daremos a continuación algunas premisas de la información relevada y que confirma las siguientes dificultades: 1) existe dificultad en el juez para conocer cuál es la normativa internacional vigente; 2) se han detectado dificultades en el conocimiento y la aplicación de la normativa internacional en materia de cooperación judicial internacional; 3) existe una tendencia a la aplicación del derecho propio, en reemplazo de la normativa internacional aplicable; 4) por lo general, los jueces no tienen la convicción de que la cooperación judicial internacional constituye una obligación a la cual el magistrado debe sujetarse; 5) existe mayor permeabilidad en los magistrados jóvenes que en magistrados mayores en cuanto al desarrollo de la vocación de una "magistratura cooperante".

II. La puesta en marcha del Departamento de Cooperación Internacional (DECI)

Partiendo del diagnóstico apuntado, la Suprema Corte provincial solicitó la elaboración de un proyecto que contemplara la posibilidad de comenzar a dar soluciones a estas dificultades. El proyecto presentado es obra del autor del presente trabajo y consistió en la creación de una oficina que se dio en llamar DECI. Cabe en este punto distinguir que el desarrollo de nuestra actividad reconoce tres etapas bien diferenciadas. La primera, desde abril de 1998 a noviembre del mismo año, donde, si bien el DECI no había sido creado, se trabajó en colaboración con el Superior Tribunal sólo con el aporte de fundamentar en un dictamen técnico la normativa internacional aplicable a cada caso. En la segunda etapa —esto es, desde noviembre de 1998 hasta noviembre de 1999—, la vida del DECI se institucionaliza como experiencia piloto y, mediante acordadas de la Suprema Corte n°s 15.498 *bis* y 15.501, se le atribuye una serie de funciones. La tercera etapa comienza en noviembre de 1999, cuando, a través de la acordada n° 16.168 *bis*, la experiencia piloto se transforma en definitiva, dejando constituido al referido departamento como un organismo estable. Más recientemente se le han incorporado al DECI, mediante acordada nº 17.115, otras funciones relacionadas con el seguimiento en materia de asistencia judicial internacional. Su actividad la podemos sintetizar en los siguientes puntos:

1. *Dictamen fundado en materia de asistencia judicial internacional*: Al arribar un pedido de asistencia judicial internacional a la Suprema Corte para su diligenciamiento, el referido tribunal confiere una vista al DECI, el cual se expide, mediante un dictamen fundado, acerca de la normativa internacional que resulte aplicable al caso, según se trate de cooperación en primer, segundo o tercer grado. El dictamen invoca la fuente internacional, es decir, ONU, CIDIP (Convenciones Interamericanas de Derecho Internacional Privado, convocadas dentro del marco de OEA), La Haya, Mercosur, Tratados de Montevideo, convenios bilaterales o convenios multilaterales. Se cita además la ley nacional de ratificación. El mismo procedimiento es seguido para los exhortos activos, es decir, cuando un juez provincial remite un pedido de asistencia judicial internacional.

2. *Control y seguimiento de los pedidos de asistencia judicial internacional*: La oficina realiza un seguimiento permanente de la tramitación que se le imprime a la solicitud internacional, a través del continuo pedido de informes. Puede ocurrir que en las mesas de entrada de los tribunales pueda "traspapelarse" o perderse la rogatoria internacional diligenciada. Para tales casos, el DECI tiene dispuesto por acordada del Superior Tribunal, ejercer el control de que el resultado de la rogatoria sea "adjuntado y foliado" al expediente correspondiente, concluyendo de este modo su intervención en la tramitación.

3. *Capacitación de magistrados*: El DECI ha iniciado desde el año 1999 un proceso de capacitación para jueces. Esta capacitación tiene dos objetivos: el primero consiste en uniformar los criterios con que los magistrados deben elevar el pedido de cooperación internacional en sus exhortos a la Suprema Corte, pues normalmente se solicita asistencia internacional a otros tribunales sin cumplir con los requisitos indispensables de procedencia en materia de cooperación, exponiendo de ese modo la viabilidad del pedido y arriesgando la rogatoria a un posible rechazo; el segundo objetivo apunta a concientizar al magistrado en que la cooperación internacional a que hacen referencia las convenciones internacionales constituye una obligación legal a la que el juez debe sujetarse y cumplir.

4. *Base de datos para consulta*: Se ha diseñado un *soft* informático que contiene la normativa vigente del Derecho Internacional Privado convencional en sus distintas fuentes. Esta base de datos ha sido ideada a partir de una verdadera necesidad que tiene el magistrado de contar con una fuente de información actualizada, confiable e imparcial, que le permita la consulta antes de resolver "su caso" internacional.

5. *Recopilación de datos estadísticos*. El DECI ha instrumentado un registro del movimiento de exhortos internacionales. En él se consignan datos tales como nombre del tribunal requirente, nombre del tribunal requerido, objeto de rogatoria, fecha de ingreso; se controla además el tiempo que transcurre entre que la rogatoria se solicita y se devuelve diligenciada.

6. *Tramitaciones con el objeto de obtener celeridad en el diligenciamiento de exhortos*. En cuanto a la labor desarrollada en este aspecto, nos remitimos al apartado 3 de la sección III *infra*.

7. *Marco en que se desarrolla la experiencia*. La experiencia que estamos describiendo tuvo el carácter de piloto hasta noviembre de 1999, oportunidad en que se evaluó, a la luz de la actividad desarrollada, la viabilidad de una oficina permanente, extremo que concretó la Suprema Corte provincial mediante el dictado de la acordada n° 16.168 *bis*, por la que se institucionaliza en carácter de definitivo dicho organismo. Es de destacar que el sometimiento de la experiencia "a prueba" desde sus comienzos obedeció al criterio sostenido por la Corte en el sentido de que la creación de nuevos organismos debe estar respaldada por un trabajo efectivo que justifique su creación. Los datos estadísticos han permitido evaluar el creciente movimiento que se ha ido verificando en la provincia de Mendoza

III. Análisis de la actividad desarrollada por el DECI

Respecto de la situación de partida, los avances verificados son los siguientes:

1. *Capacitación de magistrados*. Tal como se ha dicho, la capacitación se ha iniciado para jueces, secretarios y prosecretarios de distintos fueros. Se han brindado charlas informativas para jueces civiles, jueces penales y jueces de familia; se ha previsto también la entrega de un material explicativo, especialmente diseñado, que contiene los lineamientos generales para la confección de exhortos. Hemos dicho que la capacitación se ha "iniciado" porque esta tarea deberá ser desarrollada en forma sostenida y permanente. Adviértase, por otra parte, lo dinámica que resulta la materia, habida cuenta de que los Estados muestran un comportamiento activo en la ratificación de convenciones internacionales.

2. *Tramitaciones con el objeto de obtener celeridad en el diligenciamiento de exhortos*. El DECI ha logrado importantes avances en materia de celeridad para el diligenciamiento de exhortos. Puede resultar interesante el comentario de la situación actual con la República de Chile. El tráfico de exhortos internacionales entre Chile y la provincia de Mendoza es muy frecuente. En la estadística del movimiento del año 1998, de los 58 exhortos diligenciados en total, 44 correspondieron al tráfico con Chile. Habitualmente, un exhorto, cuando sale de Chile para llegar a Mendoza, cumple el siguiente trámite: el Supremo Tribunal de Justicia de Chile lo remite a la Embajada de Chile en Buenos Aires; de ahí es remitido al Ministerio de Relaciones Exteriores argentino, Oficina de la Dirección de Asistencia Judicial Internacional (DIAJU), la cual lo envía al Ministerio del Interior. Dentro de este Ministerio, el exhorto es dirigido a la Dirección de Relaciones Políticas con las Provincias y Regiones, la cual a su vez lo reenvía al Poder Ejecutivo provincial, Ministerio de Gobierno, que en definitiva lo remite a nuestra Suprema Corte. *Todo este trámite dura, en promedio, entre tres y cuatro meses, y el mismo tiempo se empleaba en la devolución de un exhorto diligenciado.*

Es en este punto donde el DECI ha logrado un avance, pues luego de distintas reuniones con importantes funcionarios de la República de Chile se ha logrado poner en vigencia vías de tramitación que, si bien están previstas en convenciones internacionales, no estaban implementadas en los hechos. A modo de ejemplo, citamos para el caso de "actos de mero trámite" la Convención de CIDIP 1°, de Panamá, de Exhortos o Cartas Rogatorias, ratificada por ambos países, que en su artículo 4º permite la vía consular. *En la actualidad, y habiendo implementado la referida vía, el exhorto vuelve al vecino país sin seguir el recorrido descripto. En efecto, una vez diligenciado se lo remite directamente al Consulado General de Chile, el cual lo devuelve, en forma directa, a su país.*

En el mismo sentido, cuando el tribunal requirente lo constituye un juzgado de Mendoza, se instrumenta la vía diplomática, a través del Consulado General de Chile; una vez diligenciada la rogatoria por el tribunal chileno, se lo devuelve por la misma vía.

Adviértase que, a valores concretos, hoy en día, implementando la vía consular, se han reducido notablemente los tiempos de demora en la remisión de un exhorto, de los tres o cuatro meses cuando pasaba por la autoridad central en Buenos Aires, a un tiempo promedio de entre 30 y 45 días.

De este modo, Argentina cumple con sus obligaciones asumidas internacionalmente y, a su vez, "actualiza la actitud cooperante", principio inspirador de toda convención internacional.

3. *Los costos.* La experiencia que estamos desarrollando en la provincia de Mendoza, iniciada como piloto y luego institucionalizada como organismo estable, no genera remuneraciones para ninguno de sus dos integrantes, coordinador y colaboradora —función que en los hechos desempeña la relatora de la Corte, Dra. Claudia Rossetto—, pues dicha actividad se lleva a cabo en forma adicional a sus respectivas tareas dentro del Poder Judicial. El trabajo en sí se desarrolla a través de soporte informático con conexión a Internet, correo electrónico y un teléfono-fax. Como se advierte, el DECI cuenta con los lineamientos para desempeñarse como una "oficina virtual". Si consideramos que los instrumentos tecnológicos que se utilizan están compuestos por el material que provee el Poder Judicial a todas sus dependencias —es decir, computadoras y la disponibilidad de uso de teléfono—, puede concluirse que esta experiencia tiene *costo cero*.

IV. Algunos casos. Breves comentarios

Este punto se ha incorporado con la finalidad de "exhibir" algunos casos que avalan lo dicho en puntos anteriores:

1. Caso autos SC n° 61.358 *in re* "102/96 Sobre Declaración de Herederos ab-Intestato del causante Don Maximiliano Moreno Pérez". La juez del Juzgado n° 2 de Primera Instancia de Cazorla (Jaén, España) solicita al juez de igual clase y competente, en la ciudad de Mendoza, República Argentina, que proceda a la publicación de

edictos correspondientes a la Declaratoria de Herederos que se ventila en España y que corresponde al señor don Maximiliano Moreno Pérez, español fallecido en Mendoza hacia 1993. El DECI dictamina favorablemente al pedido de cooperación solicitado y, dado que no se remitió desde España el dinero para afrontar los gastos de una publicación edictal extensa, directamente se dispuso que se presupuestaran los gastos tanto en el *Boletín Oficial* como en un diario local y, cuando se obtuvo dicho dato, sugirió a la Corte que anoticiara al tribunal remitente los montos, a través de una vía rápida como el correo electrónico. Después de un tiempo breve, se recibió correspondencia de los interesados en España, que acompañaron el dinero para afrontar los gastos. Se publicaron los edictos conforme a lo solicitado y se devolvió el exhorto diligenciado a través del Ministerio de Relaciones Exteriores, dando cumplimiento a lo solicitado.

Elemento a destacar: La reflexión que se quiere hacer notar en este caso es que desde el DECI se intenta fomentar esta "cultura de poner en acto la actitud cooperante" en el ámbito de la asistencia judicial internacional. Adviértase que debe desterrarse el comportamiento —cuyos casos no faltan y su existencia es conocida— con el cual el juez, en casos como el de marras, pueda rechazar el exhorto en razón de no haberse cumplido con el pago de los gastos emergentes del diligenciamiento.

2) Caso autos SC n° 62.796 *in re* "Mora Becerra, Sergio Enrique y Carrasco Méndez, Fresia del Carmen p/ Disolución de Matrimonio", originarios de la Secretaría Civil Juzgado de Copenhague, Dinamarca. Es el caso del divorcio de dos ciudadanos chilenos, casados en Dinamarca. El cónyuge continúa viviendo en dicho país y la cónyuge vive en la actualidad en Mendoza, Argentina. Se solicita vía cooperación internacional que se proceda a la citación de la demandada para que comparezca a la audiencia prevista. El DECI se expide en autos e invoca la normativa internacional que corresponde aplicar al caso, en la ocasión, Convención sobre Procedimiento Civil, de La Haya, ratificada por ley nº 23.502 (BO 15-10-87).

Elemento a destacar: El exhorto ingresó a la provincia de Mendoza en fecha 8 de julio de 1999. Se ubicó a la interesada, se la notificó y se remitió el exhorto debidamente diligenciado a la Dirección de Asistencia Judicial Internacional en fecha 27 de julio de 1999. Ello implica que en menos de 20 días se cumplió con la rogatoria internacional de cooperación con el referido país europeo.

3. Caso autos SC n° 61.546 *in re* "Messina Roberto Antonio c/Genco p/Ordinario", originarios del Sexto Juzgado Civil de la Ciudad de Mendoza. En el caso, la juez requirente solicita al juez de la República de Chile que proceda a la citación de un agente de Aduana y que se le practique interrogatorio conforme a un pliego de preguntas. El DECI invoca en su dictamen la Convención de CIDIP 1° sobre Rendición de Pruebas en el Extranjero, ratificada por ley nacional nº 23.481 (BO 22-04-87), de Panamá, de 1975, y solicita se le imprima a este trámite vía diplomática a través del Consulado General de Chile en Mendoza. El tribunal chileno rinde la prueba y lo remite nuevamente a Mendoza, por la vía consular.

Elemento a destacar: Este caso fue uno de los primeros en que se hizo valer el artículo 11 del referido instrumento legal que autoriza la vía diplomática, evitando así el lento sistema de la "vía autoridad central" en Buenos Aires.

4. Caso autos SC n° 62.474 *in re* "Agostinelli Montiel, Gloria, p/Alimentos", originarios del 2º Juzgado de Menores de Antofagasta, República de Chile. En el caso en cuestión, el referido tribunal extranjero solicitó a la Justicia provincial de Mendoza la fijación de una audiencia a fin de que se procediera a notificar al obligado alimentario a comparecer a una audiencia a fijarse en la República de Chile. La fecha fijada para la audiencia fue rechazada por las autoridades argentinas, en Buenos Aires, al ingreso del exhorto, pues llegó al país en fecha 12 de enero de 1999 y la audiencia había sido prevista para el 5 de enero del mismo año. Volvieron los autos al Tribunal oficiante y se fijó una nueva fecha, pero ahora para el día 5 de octubre de 1999, a las 9:00 horas. El DECI emitió dictamen favorable invocando la Convención CIDIP 1° sobre Exhortos y Cartas Rogatorias, de Panamá, 1975, ratificada por ley argentina n° 23.503 (BO 16-10-87); en cuanto al trámite de legalización de firmas, además de la Convención citada precedentemente, invocó el Convenio bilateral relativo a la Tramitación de Exhortos Judiciales, ratificado por ley nº 15.989 (BO 28-11-61). El tribunal que resultó competente para el trámite fue el 2º Juzgado de Familia de la Ciudad de Mendoza. Se fijó la audiencia y se citó a la persona; luego de la audiencia, se remitió el exhorto debidamente diligenciado a la República de Chile a través del Consulado General que acredita a dicho país en Mendoza.

Elemento a destacar: En el presente caso por alimentos, el DECI dictaminó devolver el exhorto por la vía diplomática, no obstante haberlo recibido a través del Ministerio de Relaciones Exteriores, que es la autoridad central para la Convención CIDIP referida. El dictamen tuvo en consideración evitar el riesgo de que el día de la audiencia a realizarse en Chile, el Tribunal no tuviera en su poder el exhorto diligenciado y, por ende, no saber si el deudor alimentario se notificó o no de la audiencia. No obstante la vía utilizada en la remisión, se notificó al referido Ministerio el "cambio de camino" en la devolución del exhorto, a fin de que tomara los recaudos en sus registros; consecuentemente, se informó que el fundamento de la actitud adoptada tuvo por objeto tutelar los supremos intereses del menor, acreedor de la obligación alimentaria. Al poco tiempo, se recibió contestación del Ministerio de Relaciones Exteriores informando que había anoticiado a la Embajada de Chile en Buenos Aires la remisión del exhorto por la vía consular.

V. Alcance de la cooperación brindada

A modo de síntesis y a partir de datos estadísticos con que cuenta nuestro departamento, se ha brindado asistencia judicial internacional desde y para los tribunales de Mendoza, con 22 países del mundo. Tan solo con el objetivo de pasar rápida revista a los temas en que se ha brindado asistencia, pueden mencionarse: 1) solicitud de asis-

tencia para simples notificaciones; 2) cartas rogatorias en las que se solicita la rendición de prueba informativa tanto en materia civil como en materia penal; 3) solicitud de traba de medidas cautelares; 4) reconocimiento de sentencias extranjeras, especialmente en materia de disolución de vínculo matrimonial y en materia sucesoria —se han presentado casos en que se ha recurrido a soluciones de "adaptación"—; 5) restitución internacional de menores por vía del Convenio de La Haya (en estos casos, se actúa como organismo facilitador del correspondiente trámite); 6) pedidos de extradición activos, a través convenios bilaterales y multilaterales; 7) solicitudes de cumplimiento de condena en el país de origen; 8) solicitudes de identificación de personas en materia penal; 9) colaboración en actividad probatoria para investigación de delitos de lesa humanidad, entre otros.

Especial mención merece la materia de alimentos internacionales, toda vez que el DECI ha sido declarado autoridad central delegada para intervenir en las funciones de "autoridad remitente e institución intermediaria" en la Convención de Naciones Unidas sobre Obtención de Alimentos en el Extranjero, ley nº 17.156; dichas facultades fueron conferidas mediante decreto provincial nº 1.444 de fecha 20 de agosto de 1999. Gran parte de los casos de alimentos se da con la República de Chile. Resulta interesante al menos mencionar la experiencia desarrollada para casos de reclamación de cuotas alimentarias que comprometen los intereses de los sectores más débiles de la sociedad, en los que el acreedor alimentario se encuentra, por ejemplo, en Chile y logra cobrar la asignación alimentaria desde su país, mediante el sistema de cajero automático y de forma totalmente gratuita.

La asistencia judicial internacional dispensada se ha entablado con los siguientes países: República de Chile, España, Italia, Estados Unidos de América, Australia, Perú, Canadá, Paraguay, Bélgica, Japón, Suiza, Rumania, Alemania, Colombia, Islas Gran Caymán, Francia, Méjico, Brasil, Bolivia, Dinamarca, Venezuela y Uruguay.

Gisela Maria Bester Benitez (Brasil) *

O controle de constitucionalidade jurisdicional nos países do Mercosul e a amplitude democrática do acesso à justiça constitucional. Análise comparativa no âmbito do direito processual constitucional

I. Considerações iniciais acerca do Princípio da Supremacia da Constituição e dos sistemas e modelos de controle de constitucionalidade diante de um particular vanguardismo constitucional no campo dos direitos fundamentais

A insistência no estudo de temáticas englobando o Mercosul, em que pese esse processo de integração estar praticamente estagnado em função das sucessivas e acentuadas crises político-econômico-jurídicas por que vem passando um de seus membros —a Argentina—, e mais recente o Uruguai, pode ser entendida como uma tentativa de não se deixar apagar a idéia integracionista do Cone Sul, bem assim como um sinal das avaliações por que todo o processo necessariamente passará após tais acontecimentos.

O tema deste artigo se reveste de maior importância quando estudiosos da estatura de Jean-Michel Blanquer[1] localizam na América Latina extensas declarações de direitos, representantes de um vanguardismo constitucional único no mundo atual. Afirma o pesquisador francês que é nesta parte do mundo onde são encontrados os direitos mais desenvolvidos, particularmente nas Constituições brasileira, colombia-

---

* Mestre e Doutora em Direito Público (UFSC); Professora de Direito Constitucional na Faculdade de Direito de Curitiba.

[1] Cf. Jean-Michel Blanquer, "Consolidation démocratique? Pour une approche constitutionnelle", *Revue Pouvoirs*, Paris, Seuil, n. 98, p. 45, sep. 2001.

na e venezuelana. No Mercosul, a Constituição do Brasil (de 1988) é a que mais destacadamente assume o perfil descrito, vindo tais direitos geralmente a incorporar o que na doutrina se chama de "sistema dos direitos e liberdades constitucionais", incluindo os direitos ditos "fundamentais". Este fenômeno é contestado classicamente com a consideração de se tratar de "Constituições de papel", argumento que, não obstante sua carga excessivamente simplista, coloca o problema da negligência dos direitos no estudo da consolidação constitucional.[2]

Antonio-Enrique Pérez Luño, autor de peso nesta temática dos direitos fundamentais, também preocupado com a concretização, o respeito e a defesa de tal feixe de direitos, adverte que inclusive no seio dos Estados de Direito, "onde as proclamações constitucionais são mais freqüentes, amplas e generosas, se produzem continuamente quebras e violações destes direitos".[3] Em tal cenário, Pérez Luño vê no controle de constitucionalidade das leis —que podem violar, limitar ou afetar o conteúdo e o alcance dos direitos fundamentais— uma das importantes garantias de tais direitos, assegurando "a integridade do estatuto dos direitos e liberdades não somente frente a possíveis abusos do executivo, mas também frente ao seu eventual menoscabo por parte do legislativo".[4]

Ainda conforme Blanquer, o resultado da negligência dos direitos antes apontada pode parecer paradoxal:

> Em nome do 'Estado de Direito' (consagrado oficialmente em todas as Constituições), que supõe uma enumeração clara dos direitos e um sistema jurídico piramidal coerente, se chega de fato a uma 'sociedade de direitos': os indivíduos ou os grupos utilizam direitos e procedimentos em função de seus interesses, jogando com as contradições do novo 'pluralismo jurídico'. Na realidade, isso significa que coexistem o que se pode chamar o 'hiperdireito' e o 'hipodireito'. O desafio da consolidação é de realizar uma homogeneização da efetividade jurídica. Mas esta fase de heterogeneidade jurídica é provavelmente necessária para, anteriormente, consolidar a própria Constituição.[5]

---

[2] Idem.

[3] Para ele, o fenômeno obedece a motivos de distinta etiologia: "De um lado, caberia aludir à secular tentação de quem detém o poder político a dele abusar. No entanto, a esse inegável protagonismo tradicional assumido pelo *Leviatã* estatal na agressão às liberdades surgiram hoje poderosos competidores, entre os quais haveria que citar os grupos econômicos nacionais e, especialmente, os multinacionais, detentores de uma hegemonia fática sobre o resto dos cidadãos. Tampouco cabe soslaiar a sinistra ameaça que representam as organizações terroristas para o pacífico desfrute dos direitos fundamentais em determinadas sociedades democráticas. Estas bandas armadas incorrem na trágica incoerência de impugnar a legitimidade do poder sancionador do Estado arrogando-se, ao mesmo tempo, esta potestade (chegando inclusive a negar os direitos à vida, à integridade física e à liberdade das pessoas), despojada das garantias que no Estado de Direito condicionam a imposição de qualquer pena". Cf. Antonio-Enrique Pérez Luño, *Los derechos fundamentales*, p. 27-8.

[4] Ibidem, p. 81-2.

[5] Cf. Blanquer, op. cit., p. 46.

Em outros termos, ressalta Blanquer que a etapa atual é aquela de legitimação das Constituições pelo vanguardismo jurídico, onde se pode notar "um particular ativismo das Cortes Constitucionais".[6] Talvez mais do que se notar, quer-se enfatizar, no preâmbulo deste artigo, a necessidade e a importância do papel que devem jogar as referidas Cortes na busca do adequado e desejado equilíbrio institucional-constitucional.

Situado o tema neste nível de discussão, passa-se a algumas breves notas a respeito dos sistemas de controle de constitucionalidade mais difundidos, em suas formas clássicas, nos ordenamentos jurídicos contemporâneos. Tais sistemas foram desenvolvidos, como é sabido, para enaltecer a importância da Constituição, institucionalizando a sua defesa. O Princípio da Supremacia da Constituição remonta à idéia de construção escalonada do ordenamento jurídico de Kelsen[7] e exige a previsão e a existência de meios, mecanismos e instrumentos processuais adequados e suficientes para a solução de conflitos constitucionais em qualquer ordenamento que adote tal princípio. Na verdade, a idéia de supremacia da Constituição pode ser buscada ainda mais remotamente, na própria decisão histórica de Marshall, em 1803 (ou ainda no ensaio LXXXVIII de Alexander Hamilton, escrito logo após a aprovação da Constituição dos Estados Unidos em 1787, passando a integrar a obra *Os Federalistas*), significando que se deve dar prevalência à obra criada pelo povo reunido em assembléia constituinte e no exercício da soberania popular, sempre que este poder soberano entrar em conflito com a outra faceta do poder popular, que é o que cria a legislação infraconstitucional no exercício corriqueiro da representação popular.

Assegura-se a supremacia e a defesa da Constituição na ordem jurídica por meio do controle de constitucionalide, prevalecendo a Lei Maior sempre soberana diante de todas as leis e de outros atos normativos que a antagonizem. Controlar a constitucionalidade significa, pois, impedir a vigência e a eficácia de normas contrárias à Constituição, mas também conferir eficácia plena a todos os preceitos constitucionais, principalmente quando se verifica o controle da omissão do órgão legislativo ou até mesmo de órgão da administração pública. Este controle serve ainda, conforme Zeno Veloso, "como barreira para os excessos, abusos e desvios de poder, garantindo as liberdades públicas, a cidadania, os direitos e garantias fundamentais".[8]

Existem os sistemas de controle de constitucionalidade político, jurisdicional e misto.[9] À análise do Mercosul interessa apenas o sistema de controle jurisdicional, exercido por órgãos ou membros do Poder Judiciário, detentores de garantias de independência, agindo por provocação ou *ex-lege*, conforme previsão constitucional,

---

[6] Idem.

[7] Cf. Hans Kelsen, *Teoria pura do direito*, p. 246.

[8] Cf. Zeno Veloso, *Controle jurisdicional de constitucionalidade*, p. 19.

[9] Para ver-se as diferenças entre eles consulte-se José Afonso da Silva, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, p. 51.

de modo a declarar a inconstitucionalidade de lei e de outros atos do poder público que contrariem formal ou materialmente preceitos ou princípios insculpidos em uma Constituição. Esse sistema jurisdicional de controle de constitucionalidade, cujas origens podem ser buscadas há mais de duzentos anos,[10] subdivide-se conforme os modelos difuso e concentrado.

O modelo difuso de controle de constitucionalidade foi o primeiro a ser desenvolvido com êxito,[11] tendo-se originado nos Estados Unidos da América do Norte, em 1803, no famoso caso *Marbury versus Madison*, em que o juiz Marshall fixou, a partir da solução daquele conflito, a competência para a fiscalização da constitucionalidade a qualquer juiz ou tribunal, fundamento deste tipo de controle. Também chamado de "concreto" e "incidental" ou "por via de exceção", este modelo expandiu-se universalmente, como atesta Mauro Cappelletti.[12]

Diz-se modelo "difuso" porque a competência para apreciar uma alegação de inconstitucionalidade está difusa pelos órgãos e membros do Poder Judiciário, podendo dar-se inclusive *ex-officio*. Diz-se "concreto" por ser um controle suscitado em um caso concreto que está sob apreciação do Poder Judiciário. Denomina-se ainda controle "incidental" ou "indireto" por constituir um "incidente" dentro de um processo principal, e não o pedido direto e específico da ação. Por fim, diz-se "por via de exceção", uma vez que a alegação de inconstitucionalidade dá-se enquanto matéria de defesa (exceção processual) em um pleito, e não enquanto objeto central e direto da ação. Observe-se que esta última denominação é julgada equivocada por parte da processualista Ada Pellegrini Grinover, isto porque, segundo ela, "quando se fala em exceção, o que se indica é a defesa oposta pelo réu" e neste tipo de controle "nem sempre será o réu quem levantará a questão da inconstitucionalidade". Para ela, o que se tem no controle difuso é uma questão prejudicial, prévia, que deverá ser apreciada pelo juiz "antes da questão principal, exatamente para verificar se a alegada inconstitucionalidade existe ou não".[13] Também Zeno Veloso considera incabível a expressão "por via de exceção" quando a norma tenha afastada sua aplicação de ofício pelo juiz,[14] caso em que não há que se falar em "defesa" ou "exceção" processual. Por

---

[10] O abade Sieyès já em 1788 trazia à tona a necessidade da criação de um tribunal para a defesa e a proteção da superioridade da Constituição, tendo sido um dos primeiros pensadores a preocupar-se em como garantir a supremacia constitucional, caracterizando-se assim como um dos precursores da teoria do controle de constitucionalidade. Cf. Gisela Maria Bester, *Cadernos de Direito Constitucional*, Parte I, p. 110.

[11] Embora antes disso tenha sido efetivado o tribunal especial propugnado por Sieyès na França, o foi sem êxito, em razão de terem sido toleradas por ele todas as inconstitucionalidades então praticadas por Napoleão Bonaparte.

[12] Cf. Mauro Cappelletti, *O controle judicial de constitucionalidade das leis no Direito Comparado*, p. 63.

[13] Apud Veloso, op. cit., p. 42.

[14] Cf. Veloso, op. cit., p. 44.

outro lado, o fato de que tal controle só se dá quando no curso de uma demanda judicial uma das partes argúi "em defesa de sua causa" a inconstitucionalidade da lei que se lhe quer aplicar, não significa dizer que o interessado na declaração de inconstitucionalidade da lei impugnada pelo vício de inconstitucionalidade "tenha que figurar necessariamente no pólo passivo da relação processual".[15] Se assim fosse, "isso seria esquecer —conforme Celso Ribeiro Bastos— que o interessado pode assumir uma posição ativa, atacando o ato inquinado do vício de suprema ilegalidade por meio dos recursos judiciais colocados à sua disposição, entre os quais o mandado de segurança e o *habeas corpus*, sem com isso desfigurar a via de defesa ou exceção".[16]

Vale repetir a observação feita por Manoel Gonçalves Ferreira Filho no sentido de que o grande inconveniente do controle difuso no Brasil é "a possibilidade de juízes apreciarem diferentemente a validade de uma lei, com a conseqüência de ser aplicada a uns e não a outros", gerando "a incerteza quanto ao direito até a decisão final do Tribunal mais alto ou especializado".[17] Esta peculiaridade brasileira —que de resto costuma ser comum aos sistemas jurídicos de derivação romanística— não tem, no entanto, nada que ver com o modelo original norte-americano, uma vez que lá existe o *stare decisis*, que evita a paradoxal situação de que uma mesma lei não seja aplicada a um dado caso concreto por ter sido julgada inconstitucional pelo juiz da causa, e possa ser aplicada em outro caso semelhante se o respectivo juiz não a julgar inconstitucional.

O modelo concentrado de justiça constitucional, embora tenha se originado dos ideais de Sieyès, foi introduzido oficialmente na Europa por Hans Kelsen, através da Constituição Austríaca de 1º de outubro de 1920. O Tribunal Austríaco é o exemplo mais antigo de tal modelo, o qual, como assinala Louis Favoreu, não teria existido sem Kelsen, pois "com seus trabalhos e com seu projeto de Constituição Austríaca de 1920, o mestre de Viena pôs a ponto um novo tipo de justiça constitucional oposto ao modelo americano".[18] Veja-se a noção de Tribunal Constitucional pelas palavras de Favoreu: "Um Tribunal Constitucional é uma jurisdição criada para conhecer especial e exclusivamente em matéria do contencioso constitucional, situada fora do aparato jurisdicional ordinário e independente tanto deste como dos poderes públicos".[19] Tal modelo possui pois como vértice um tribunal adredemente organizado para realizar o controle em tese das leis e dos atos normativos, um tribunal que "concentra" a análise das supostas inconstitucionalidades no universo e no limite dos textos normativos,

---

[15] Cf. Fernando Luiz Ximenes Rocha, "Controle de constitucionalidade das leis no Brasil", in Antônio Carlos Mathias Coltro (coord.), *Constituição Federal de 1988: dez anos (1988-1998)*, p. 270.

[16] Cf. Celso Ribeiro Bastos, *Curso de Direito Constitucional*, 19. ed., p. 396.

[17] Cf. Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *Curso de Direito Constitucional*, 17. ed., p. 33.

[18] Cf. Louis Favoreu, *Los tribunales constitucionales*, p. 15.

[19] Ibidem, p. 10.

por isso recebendo também a denominação de controle "abstrato", "direto" ou ainda por "via de ação".

Diz-se controle "abstrato" porque nele a impugnação da constitucionalidade de uma norma é feita em um processo "que visa sobretudo a defesa da Constituição e da legalidade democrática",[20] independentemente de qualquer litígio concreto, não se tratando de um processo contraditório entre partes e não havendo caso concreto a ser resolvido, mas simplesmente a defesa ou o ataque de leis em tese, abstratamente consideradas. Trata-se de um processo objetivo, não existindo lide e partes, uma vez que seus legitimados ativos, conforme Clèmerson Clève, não buscam provocar o órgão jurisdicional constitucional para a tutela de um direito subjetivo, mas para a defesa da ordem constitucional objetiva, a qual interessa a toda coletividade.[21] Diz-se controle exercido por "via de ação" porque requer justamente a propositura de uma ação específica para obter o fim desejado, qual seja, a declaração da inconstitucionalidade ou da constitucionalidade, a declaração da omissão constitucional ou ainda a declaração de descumprimento de preceito fundamental constitucional, possibilidades estas que podem ou não estar contempladas conforme as opções/previsões constitucionais de cada ordenamento jurídico. Trata-se ainda de ação "direta", quer dizer, principal, específica, diretamente proposta perante o Tribunal Constitucional ou o órgão de cúpula do Poder Judiciário que faça o papel daquele.

Enfatize-se que tanto num como noutro modelo os membros do Poder Judiciário gozam de algumas garantias e sofrem algumas proibições constitucionais, tudo para favorecer a presunção constitucional de imparcialidade em seus julgamentos.

A preocupação com a amplitude de possibilidades que os ordenamentos constitucionais mercosulinos propiciam a cada um do povo —sujeitos de direitos conforme as normas constitucionais— para a defesa de seus direitos mais fundamentais pela via do exercício do controle de constitucionalidade, é o que move, em última instância, a escrita deste artigo e, por isso, o grau de democratização do acesso à justiça constitucional também interessa ser desvendado neste estudo.

Este artigo pretende assim realizar uma análise comparativa dos modelos de controle de constitucionalidade adotados nos países integrantes do Mercosul, sempre a partir do rastreamento dos respectivos textos constitucionais, informando, quando as fontes bibliográficas assim o permitirem, como se dá na prática a aplicação e o processamento desses modelos, visando desta reflexão sacar uma conclusão acerca da amplitude democrática do acesso à justiça constitucional nesses países.

---

[20] Conforme José Joaquim Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 835.

[21] Cf. Clèmerson Merlin Clève, *A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro*, p. 142.

Antes disso é importante consignar que Paulo Napoleão Nogueira da Silva[22] observa que apesar de haver grandes diferenças quanto à natureza e à estrutura do Poder Judiciário, bem como quanto aos sistemas de distribuição da justiça entre os países integrantes do Mercosul, duas notas comuns destacam-se. A primeira delas diz respeito à atribuição de monopólio da jurisdição às autoridades judiciais. Já a segunda nota que identifica os sistemas jurídicos de tais países e os direfenciam daqueles que são herdeiros da tradição da *common law*, é o regime *secundum legem*, pelo qual os órgãos judiciários são intérpretes e aplicadores de leis existentes, não podendo os magistrados criarem normas para decidir uma questão (a não ser em hipóteses como a do Mandado de Injunção brasileiro).

Passa-se então à análise das previsões constitucionais e das práticas dos modelos de controle de constitucionalidade adotados nos países mercosulinos, advertindo-se que não se quis, neste estudo, fazer diferenciações entre países sócios e associados do referido projeto integracionista. Assim, analisar-se-ão os ordenamentos constitucionais tanto daqueles quatro sócios iniciais que firmaram o Tratado de Assunção em 26 de março de 1991 (Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai), quanto dos dois associados posteriores (Bolívia e Chile). Adverte-se também que toda a análise dar-se-á tendo em conta apenas o direito constitucional federal, sem explorar as esferas estaduais e municipais.

II. Previsão constitucional e a prática dos modelos de controle de constitucionalidade nos países membros e associados do Mercosul

1. Argentina. Constituição de 1853

Apesar de o art. 116 da Constituição dizer que cabe à Suprema Corte e aos tribunais inferiores o conhecimento e a decisão de todas as causas que versem sobre matéria constitucional ou de legislação federal, existe no texto constitucional apenas uma previsão indireta —não específica— do modelo de controle de constitucionalidade adotado, o que se depreende da interpretação sistemática dos artigos 33, 36, 43, 86, 108, do próprio 116 e do 117. Bidart Campos explicita que no direito constitucional federal argentino, "o sistema é *jurisdicional difuso*, porque todos os juízes podem levá-lo a cabo, sem prejuízo de chegar à Corte Suprema, como tribunal último, pela via do recurso extraordinário legislado no art. 14 da Lei nº 48".[23]

Paulo Napoleão Nogueira da Silva confirma que no sistema constitucional argentino o Poder Judiciário exerce um controle difuso da constitucionalidade,[24] enfatizando não existir, em sede constitucional, a previsão de vias judiciais conducentes a

---

[22] Cf. Paulo Napoleão Nogueira da Silva, *Direito Constitucional do Mercosul*, p. 225.
[23] Cf. German J. Bidart Campos, *Manual de la Constitución Reformada*, t. I, p. 359.
[24] Cf. Silva, op. cit., p. 245.

um controle direto e concentrado como o existente no Brasil por meio da ação direta de inconstitucionalidade. Na mesma linha é a avaliação de Zeno Veloso, esclarecendo inclusive que tal como o caso norte-americano, a Constituição da Argentina não prevê em texto explícito o controle jurisdicional da constitucionalidade das leis, tendo sido esse controle consagrado pela jurisprudência (o caso *Sojo*, de 1887, teria tido as mesmas características e produzido idênticos efeitos ao seu equivalente caso *Marbury x Madison*).[25] Diz o autor:

> Criado pretorianamente pela *Corte Suprema de Justicia de la Nación*, o controle da constitucionalidade argentino é judicial e difuso, podendo ser exercido por qualquer juiz ou tribunal —federal ou provincial—, tendo a decisão eficácia *inter partes* e não *erga omnes*, podendo a Corte Suprema resolver definitivamente a controvérsia, através de recurso extraordinário, mas a sentença só declara a inconstitucionalidade da lei —e sua respectiva inaplicação— com relação à questão *sub judice*, não tendo efeito geral, nem força vinculante.[26]

A reforma constitucional de 1994 deu ao art. 43, 1, uma redação permitindo que na "Ação de Amparo" o juiz possa "declarar a inconstitucionalidade da norma em que se funda o ato ou omissão lesiva" de autoridades públicas ou de particulares que lesionem, restrinjam, alterem ou ameacem direitos e garantias reconhecidos pela Constituição, por um tratado ou por uma lei, embora mesmo antes dessa alteração no texto constitucional a Corte Suprema já admitisse que tal ação "pudesse funcionar para a declaração de inconstitucionalidade, sempre, porém, diante de caso concreto e com efeitos *inter partes*.[27]

Teoricamente fala-se na via de ação direta para o controle, mas tal via não está prevista constitucionalmente e tampouco é aplicada na prática. Assinala Bidart Campos que até hoje nunca se chegou a aceitar entre as ditas "vias diretas" ou "ações de inconstitucionalidade" a "ação declarativa de inconstitucionalidade pura".[28] Com efeito, até mesmo na atual jurisprudência da Corte afirma-se que há na ordem federal "ações de inconstitucionalidade", sendo estas exemplificadas pela própria Corte do seguinte modo:

> a) a ação de *amparo* e de *habeas corpus* (que existiam muito antes de 1985), porém não eram expressamente definidas pela Corte como ações de inconstitucionalidade); b) a *ação declarativa de certeza* do art. 322 do Código Processual Civil e Comercial (com esta ação a Corte consente agora que se podem solicitar de forma direta questões de inconstitucionalidade no âmbito do direito público, aptas a serem resolvidas pelos juízes, e até mesmo a própria Corte as têm aceitado em sua

---

[25] Cf. Veloso, op. cit., p. 41. O relato da decisão neste caso paradigmático pode ser visto em Adolfo Vázquez, "La supremacía constitucional y el control", in *IX Encuentro de los Presidentes y Magistrados de los Tribunales Constitucionales y de las Salas Constitucionales de América Latina*, p. 6.

[26] Cf. Veloso, op. cit., p. 41.

[27] Idem.

[28] Cf. German J. Bidart Campos, *Manual de la Constitución Reformada*, tomo I, p. 360.

> jurisdição originária e exclusiva); com a ação declarativa de certeza é viável obter uma *sentença declarativa de inconstitucionalidade* de normas gerais, a qual —por ser declarativa— não é uma senteça de condenação, o que já modifica em muito a primitiva jurisprudência anterior a 1985, porque daí em diante se interpreta que a ação declarativa de certeza impulsiona a promoção de um 'caso contencioso' entre as partes cuja relação jurídica deve adquirir a certeza que não tem; c) o *juízo sumário de inconstitucionalidade*; d) o *incidente de inconstitucionalidade* que se forma de *modo anexo a uma denúncia penal* para nele discutir uma questão constitucional.[29]

Em síntese, Germán Bidart Campos conclui, de acordo com sua interpretação pessoal do direito judicial atual, que: "a) agora se tem por certo que *há ações de inconstitucionalidade*; porém, b) *não há ações declarativas de inconstitucionalidade puras*, quer dizer, seguem não existindo".[30]

Uma conseqüência gravosa desta limitação do modelo argentino dá-se no marco que condiciona e dá base ao exercício do controle, qual seja, um processo judicial, expressando-se através da forma normal de pronunciamento dos juízes, que é a sentença. E este requisito surge do próprio artigo 116 da Constituição, antes referido, que ao armar a massa de competências do Poder Judiciário Federal, refere-se sempre a "causas" ou "assuntos", de modo que a "questão constitucional" deve ser inserida dentro de uma "causa" (ou processo). Segundo Bidart Campos, isto faz com que o juiz não possa atuar de ofício, com que haja apenas uma sentença (e não uma "declaração de inconstitucionalidade"), e que o controle não possa ser exercido sem uma causa judicial ou à margem da mesma.[31] No entanto, o autor discrepa abertamente com o asseguramento de petição expressa da parte interessada, entendendo que a questão de constitucionalidade é uma questão de direito, e não de fato. "Se nas questões de fato o juiz depende do que as partes alegam e provam, nas de direito é independente das partes. Incumbe ao juiz a devida aplicação do direito, e nesta seleção move-se conforme o adágio 'iura novit curia': o juiz supre o direito que as partes não lhe invocam ou que lhe invocam erroneamente".[32]

2. *Bolívia. Constituição de 1967*

Na Bolívia coexistem os modelos de controle judicial difuso (conforme autorização dada pelo art. 228 da Constituição) e de controle concentrado no Tribunal Constitucional (art. 116, IV; art. 120, 1, 8; art. 121, I, II), o primeiro tendo decisões com efeitos *inter partes* e o segundo *erga omnes*. Ressalte-se que Bolívia e Chile são os dois únicos países do Mercosul a possuírem Tribunais Constitucionais.

O Tribunal Constitucional resultou da reforma constitucional de 1994, a qual não modificou no entanto o art. 228 da Constituição, que autoriza os juízes e os tribu-

---

[29] Conforme Bidart Campos, op. cit., p. 360-1.
[30] Ibidem, p. 361.
[31] Ibidem, p. 365.
[32] Ibidem, p. 367.

nais ordinários em suas diferentes instâncias, a disporem da inaplicação de uma lei em um caso concreto por considerarem-na incompatível com a Constituição. Veja-se na própria redação deste artigo: "A Constituição Política do Estado é a lei suprema do ordenamento jurídico nacional. Os tribunais, juízes e autoridades a aplicarão com preferência às leis e estas com preferência a quaisquer outras resoluções".

A respeito do alcance das sentenças do Tribunal Constitucional diz o art. 121 que, além de contra elas não caber recurso algum, aquela "que declara a inconstitucionalidade de uma lei, decreto ou qualquer gênero de resolução não judicial, faz inaplicável a norma impugnada e surte plenos efeitos contra todos. A sentença que se refira a um direito subjetivo controvertido se limitará a declarar sua inaplicabilidade no caso concreto". Deste modo, a um só tempo o Tribunal contempla o controle abstrato e o concreto, causando certa estranheza em alguns doutrinadores, conforme explica Norbert Lösing, ele próprio endereçando algumas críticas a esta e outras formulações previstas no art. 120 da Constituição.[33]

Segundo o art. 120, nº 10, da Constituição, somado aos artigos 116 e 117 da Lei nº 1.836/1998, o Tribunal Constitucional realiza controle preventivo sobre projetos de reforma constitucional, embora só alcance infrações procedimentais e não materiais do processo de reforma. Realiza também controle preventivo dos tratados ou convenções internacionais (art. 120, nº 9, da Constituição e art. 13 da lei 1.836), e ainda dos preceitos legais (art. 120, nº 8, da Constituição).

Quanto ao controle repressivo já se viu que é misto, podendo dar-se pela via difusa nos tribunais ordinários e pela via concentrada no Tribunal Constitucional. Neste último caso o controle repressivo de caráter abstrato sobre normas jurídicas vem autorizado pelo art. 120 da Constituição e no caso de a norma impugnada ser declarada constitucional, torna-se improcedente qualquer nova demanda de inconstitucionalidade contra ela (art. 58 da Lei nº 1.836/98).[34]

3. Brasil. Constituição de 1988

O Brasil alberga um dos mais amplos e complexos sistemas de controle jurisdicional de constitucionalidade que se conhece, sediando ao mesmo tempo o modelo difuso e o concentrado, embora para este não dispondo de um tribunal constitucional exclusivo, nem para aquele do princípio do *stare decisis*. O funcionamento peculiar —e por vezes até canhestro— de um e outro deve-se a essa importação de modelos pela metade. No caso do modelo difuso a questão é simplificada na sua pátria de origem, porque nos Estados Unidos há o vínculo aos precedentes, devendo os juízes seguirem as decisões já tomadas, explica Zeno Veloso. "Os tribunais, igualmente,

---

[33] Cf. Norbert Lösing, *La jurisdiccionalidad constitucional en Latinoamérica*, p. 248 e seguintes, bem como p. 255.

[34] Cf. Humberto Nogueira Alcalá,. op. cit., p. 6.

devem obediência aos precedentes das cortes superioras, especialmente da *Supreme Court*. Se esta decide, a sentença será vinculatória para todos os órgãos judiciários do país".[35] Apesar disso, na lição de Juarez Freitas, "todo juiz, no sistema brasileiro, é de certo modo, juiz constitucional e se afigura irrenunciável preservar, ao máximo, a coexistência pacífica e harmoniosa entre os controles difuso e concentrado de constitucionalidade".[36]

Já em 1891, por influência sofrida dos norte-americanos, a primeira Constituição Republicana estabeleceu o modelo difuso, gerando competência aos tribunais federais e estaduais para decidirem sobre a constitucionalidade das leis (art. 59, § 1º, a, b; art. 60, a). Embora houvesse disposição idêntica na denominada "Constituição Provisória" de 22 de junho de 1890, esse mecanismo foi melhor definido pela lei que organizou a Justiça Federal no país (Lei Federal nº 221, de 29/11/1894, art. 13, § 10). Depois este modelo sofreu algumas modificações com a Constituição de 1934, a qual é lembrada pela maior parte dos historiadores constitucionais como um marco expressivo na direção do país rumo ao modelo concentrado de controle de constitucionalidade, o que só se deu efetivamente com a Emenda Constitucional 16/65, de 26/11/65.[37] A Constituição atualmente em vigor trouxe em 1988 importantes elementos, contribuindo ao aperfeiçoamento e à democratização da fiscalização da supremacia da Constituição. Continuou reconhecendo o modelo misto de controle jurisdicional (difuso e concentrado), conforme os artigos 102, I, a, III, a, b, c; 103, §§ 1º a 4º, sendo o modelo difuso exercido por qualquer juiz ou tribunal do Poder Judiciário, e o concentrado mediante a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIn) por ação (onde se pleiteia a declaração da inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual) ou por omissão (onde se pleiteia a declaração de inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, ou seja, a falta da referida medida, cf. art. 103, § 2º da CF/88), ambas julgadas diretamente pelo Supremo Tribunal Federal (STF), sendo esta segunda modalidade da ADIn uma substancial inovação. Outra novidade foi a ampliação dos entes, órgãos e pessoas habilitados a proporem uma ADIn, os quais, conforme os incisos I a IX do art. 103 da CF/88 são os seguintes: o Presidente da República, as Mesas do Senado Federal, da Câmara dos Deputados e das Assembléias Legislativas dos Estados, Governadores de Estados, o Procurador-Geral da República, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, partidos políticos com representação no Congresso Nacional e as confederações sindicais ou entidades de classe de âmbito nacional.

---

[35] Cf. Veloso, op. cit., p. 54.

[36] Cf. Juarez Freitas, "O intérprete e o poder de dar vida à Constituição: preceitos de exegese constitucional", in Eros Roberto Grau, Willis S. Guerra Filho (org.), *Direito Constitucional. Estudos em Homenagem a Paulo Bonavides*, p. 226 e 246.

[37] A respeito da evolução histórica desses modelos de controle vide Paulo Bonavides, *Curso de Direito Constitucional*, p. 257; e Gilmar Ferreira Mendes, *Jurisdição constitucional*, p. 60 e ss.

No quinto ano de vigência da CF/88 teve-se a instituição, pela Emenda Constitucional 3/93, da Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC), pela qual se pede a declaração de constitucionalidade de lei ou de ato normativo federal, cabendo igualmente ao STF julgar o pedido. Pressuposto para a proposição desta ação é "a existência de controvérsia judicial relevante sobre a aplicação da disposição objeto" da mesma (art. 14, III, da Lei nº 9.868/99). Note-se que os legitimados ativos para a propositura da ADC resumem-se a órgãos estatais (conforme o § 4º do art. 103 da CF/88: o Presidente da República, as Mesas do Senado Federal e da Câmara dos Deputados e o Procurador-Geral da República), possivelmente porque tenham maior interesse em ver confirmado o presumível acerto da criação legislativa. Por esta ação pretende-se ver transformada em absoluta a presunção relativa de constitucionalidade das leis. O fato de apenas representantes dos poderes públicos estarem legitimados a proporem esta ação, privilegiando a expressão da vontade política do Estado em detrimento da representação da sociedade civil, provocou reações de alguns doutrinadores,[38] principalmente porque o projeto que originou a EC 3/93 previa essa possibilidade a todos os legitimados para a propositura da ADIn.

O processo e o julgamento da ADIn e da ADC perante o Supremo Tribunal Federal foram disciplinados pela Lei nº 9.868/99. Quanto à eficácia e ao alcance das decisões proferidas nas ADIns por ação (as ADIns por omissão não produzem efeitos jurídicos precisos),[39] tanto as declarações que confirmam as inconstitucionalidades como as que as refutam são dotadas de eficácia *ex tunc*[40] e efeitos *erga omnes*. Quanto às ADCs, também tem-se eficácia *erga omnes*, com a diferença de que, declarada a constitucionalidade de uma norma pelo STF, ficam os órgãos do Poder Judiciário e do Poder Executivo obrigados a seguir tal orientação, uma vez que a modalidade de ação já trazia no corpo da Constituição a cláusula do efeito vinculante (cf. art. 102, § 2º, CF/88: "As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações declaratórias de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do

---

[38] Dentre outros, posicionaram-se de forma crítica a esta restrição, regra geral entendendo que a legitimidade ativa da ADC deveria ser a mesma da ADIn, os seguintes juristas: J. R. Cruz e Tucci, Ricardo Alessi Delfim, Ives Gandra da Silva Martins, Marcelo Figueiredo, Hugo de Brito Machado, Celso Bastos, Gilmar Ferreira Mendes e Clèmerson Clève.

[39] Pelo disposto no art. 103, § 2º da CF/88, uma vez declarada a inconstitucionalidade por omissão, o STF dará ciência ao poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias. Neste sentido, aduz Jorge Miranda, referindo-se à ação portuguesa que serviu de modelo ao instituto brasileiro, "não possui caráter preventivo, nem substitutivo", não tendo a inconstitucionalidade por omissão o condão de criar "qualquer obrigação jurídica para o órgão legislativo", vindo apenas a declarar uma obrigação pré-existente. Cf. Jorge Miranda,. *Manual de Direito Constitucional,* tomo II, p. 517.

[40] Observe-se, no entanto, que a Lei Nº 9.868/99 permite a concessão de medida cautelar nas ações diretas de inconstitucionalidade (art. 10), a qual terá eficácia contra todos mas "será concedida com efeito *ex nunc*, salvo se o Tribunal entender que deva conceder-lhe eficácia retroativa" (art. 11, § 1º).

Poder Judiciário e ao Poder Executivo".). Na verdade, pelo texto do Parágrafo único do art. 27 da Lei 9.868/99 o efeito vinculante foi estendido —por lei infraconstitucional— também às decisões proferidas nas ADIns, nos seguintes termos: "A declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, têm eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal".

O instituto da Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nasceu com a Constituição Federal de 1988,[41] mas somente passados onze anos da promulgação daquela foi regulamentado, tendo isto se dado com a Lei n° 9.882/99. Antes desta regulamentação o uso daquele mecanismo de controle de constitucionalidade dos atos do poder público não estava possibilitado. O advento desta lei veio alterar substancialmente o já complexo sistema brasileiro de controle de constitucionalidade, como se verá a seguir.

A ADPF pode ser ajuizada pelos mesmos legitimados da ADIn (cf. art. 2º da Lei 9.882/99). Não obstante, pelo veto presidencial ao inciso II do art. 2° desta lei o Poder Executivo impediu —e o Congresso Nacional não se opôs de modo a derrubar o veto— que toda e qualquer pessoa pudesse provocar diretamente a jurisdição em defesa de preceito fundamental lesionado ou ameaçado de lesão quanto ao seu cumprimento. Assim, soterrada ficou a possibilidade de as partes de processos subjetivos acionarem pela via direta a jurisdição constitucional sempre que se sentissem lesadas por descumprimento de preceito fundamental. Com isso, descaracterizou-se a principal vocação do instituto, que era a defesa dos direitos individuais. Trata-se a argüição de uma via suplementar do controle de constitucionalidade que se destina a evitar ou reparar lesão a preceito fundamental resultante de ato do poder público (art. 1º da Lei 9.882/99), cuja decisão "terá eficácia contra todos e efeito vinculante relativamente aos demais órgãos do Poder Público" (art. 10, § 3º, da mesma lei).

Observe-se ainda que as Leis nº 9.868/99 e nº 9.882/99 atenuaram os efeitos do reconhecimento da inconstitucionalidade de lei ou ato normativo ao admitirem que, excepcionalmente, por razões de "segurança jurídica e de excepcional interesse social", tais efeitos sejam restringidos ou se fixe o momento em que o reconhecimento da inconstitucionalidade passararia a ter efeitos, podendo tal momento ser a partir do trânsito em julgado da declaração, sempre com o voto de dois terços dos membros do STF (art. 27 da Lei 9.868/99 e art. 11 da Lei 9.882/99). Com esta cláusula, presente em ambas as leis, provocou-se uma alteração anômala na tradição constitucional brasilei-

---

[41] O Parágrafo Único do seu art. 102 dizia desde o início: "A argüição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei". A única modificação ocorrida é que com o advento da Emenda Constitucional nº 3/93 este dispositivo foi renomeado, passando a ser o § 1º do mesmo art. 102, o qual recebeu ainda um § 2º na ocasião.

ra, eis que, por ela, uma lei inconstitucional pode continuar tendo efeitos válidos mesmo depois do reconhecimento de sua inconstitucionalidade pelo STF. Isto é grave porque significa que em dado momento poderá prevalecer a lei ordinária e não a Constituição, o que fere de morte o Princípio da Supremacia da Constituição. Além disso, as justificativas dadas pelas leis para que o Tribunal restrinja ou adie os efeitos das inconstitucionalidades induzem a uma politização mais acentuada nas suas decisões. Quanto a estas polêmicas questões, que poderão estar indicando uma ruptura no sistema jurisdicional brasileiro, tramita neste momento (agosto/2002) uma ADIn (a de nº 2.231) no STF, contra toda a Lei da ADPF, não existindo ainda nenhuma decisão de mérito.

A estas quatro ações próprias do controle de constitucionalidade abstrato brasileiro há que se agregar uma quinta espécie, a Representação Interventiva, destinada a promover a intervenção federal em Estado membro da federação. Pelo art. 34, VII, da CF/88, a União pode intervir nos Estados e no Distrito Federal para assegurar a observância dos seguintes princípios constitucionais: forma republicana, sistema representativo e regime democrático; direitos da pessoa humana; autonomia municipal; prestação de contas da administração pública direta e indireta; aplicação do mínimo exigido da receita resultante de impostos estaduais na manutenção e desenvolvimento do ensino. Já o art. 36, III da CF/88 prevê que caso seja editada lei ou ato normativo estadual contrário a esses princípios sensíveis, caberá ao Procurador-Geral da República ingressar com a ação interventiva, a qual possui dupla finalidade: declarar a inconstitucionalidade da lei ou ato normativo estadual e, se necessário, decretar a intervenção federal no Estado-membro. Segundo o art. 36, § 3º, muitas vezes o decreto interventino não é necessário, bastando, para o restabelecimento da normalidade que, também por decreto, se suspenda a execução do ato impugnado.

Por fim, cumpre observar que, conforme análise de Gilmar Ferreira Mendes,[42] o hibridismo brasileiro em se tratando dos modelos de controle constitucional estaria ameaçado com a supremacia do modelo concentrado, que teria sido reforçado pela CF/88 em detrimento do modelo difuso. Discorda-se[43] desta avaliação, ponderando-se que, ainda que a CF/88 tenha ampliado de uma para nove as possibilidades de entes legitimados para a propositura de ações diretas de inconstitucionalidade, isto não é suficiente para que todas as questões constitucionais relevantes cheguem ao Supremo, restando o caminho difuso/concreto como o meio mais acessível para que qualquer jurisdicionado possa alegar inconstitucionalidades que o prejudique. Ademais, entende o Supremo Tribunal Federal que, daqueles nove entes legitimados, os Governadores dos Estados só podem suscitar a inconstitucionalidade de normas de seu próprio Estado ou no máximo de normas de outro Estado da federação que se refiram ao

---

[42] Cf. Gilmar Ferreira Mendes, *Jurisdição constitucional*, p. 127.

[43] Cf. Bester, op. cit., p. 135.

seu Estado (cf. ADIn 902-SP). Entende também que as entidades de classe só podem pleitear inconstitucionalidades relativamente a normas que se comuniquem com os seus fins (cf. ADIns 77, 138, 159, 202, 305, 893, 913-3, 1.114-6). Estes posicionamentos restringem ainda mais o acesso ao controle concentrado de constitucionalidade[44] ao exigir essa relação de pertinência, o que reforça a necessidade de manutenção do modelo difuso.

Ingressa-se assim no modelo difuso de controle de constitucionalidade brasileiro. Por ele a questão de inconstitucionalidade da lei ou de qualquer outro ato normativo pode ser posta em qualquer processo e em qualquer grau de jurisdição, desde que guarde conexão com o objeto da demanda. Na conformação brasileira até mesmo o STF pode ter que apreciar questões de inconstitucionalidades no âmbito do controle difuso, seja pela sua competência originária, seja pela via recursal adequada (Recurso Extraordinário). Quando atua em sede de competência ordinária o STF não pode determinar a "expulsão" da norma do sistema jurídico, devendo seguir a sistemática que rege o controle difuso, pela qual a coisa julgada restringe-se às partes envolvidas no processo. A única possibilidade de atribuição de eficácia *erga omnes* envolvendo a atuação do STF —que de resto é a única no modelo difuso em geral— é aquela em que ao final surge a resolução senatorial prevista no art. 52, X, da CF/88. Há, no entanto, dissenso doutrinário quanto ao caráter de tal atribuição do Senado ser uma discricionariedade ou uma obrigatoriedade (atividade vinculada). Parece mais ponderável a interpretação que lhe confirma função discricionária, já que não é mero servo do STF. Daí que este, no controle difuso, restará sempre como o senhor da constitucionalidade, mas não da generalidade, cuja decisão fica por conta do Senado.

Relembre-se que neste tipo de controle a alegação da inconstitucionalidade não constitui a demanda principal, mas sim questão prejudicial, já que o juízo é suscitado incidentalmente, visando saber se dada norma será ou não aplicada ao caso concreto. Qualquer parte do processo pode levantar a questão constitucional: o réu por ocasião da sua resposta (contestação, reconvenção, exceção), o terceiro que venha a integrar a relação processual, o autor (na inicial de uma ação de qualquer natureza), os membros do Ministério Público quando oficiem no feito[45] e até os próprios juízes ou tribunais.

---

[44] Não é esta restrição à legitimação ativa a única conseqüência de tal entendimento: com ele também se descaracteriza em certa medida a própria natureza abstrata do controle concentrado, uma vez que às duas classes de legitimados ativos apontadas se lhes tolhe a total liberdade conferida pela Constituição para questionar qualquer norma *in abstracto* ("lei ou ato normativo federal ou estadual", conforme art. 102, I, a, da CF/88).

[45] Zeno Veloso afirma que "sempre que for argüida a inconstitucionalidade, no curso de uma ação, mesmo que o processo fosse daqueles em que o Ministério Público não tivesse de intervir, há necessidade de convocá-lo, para que se manifeste sobre a questão prejudicial. […] Tanto no controle incidental ou difuso, quanto no direto ou em tese, a intervenção do Ministério Público é essencial, já que incumbe ao *parquet*, nos termos do art. 127, *caput*, da Constituição, a defesa da ordem jurídica". Cf. Veloso, op. cit., p. 46.

Qualquer juiz ou tribunal tem o poder —e muitas vezes até o dever— de declarar a inconstitucionalidade no contexto da análise de um caso concreto. Neste modelo, já esclarecia Lúcio Bittencourt, a faculdade de reconhecer e declarar a inconstitucionalidade não é privativa do STF, mas consectária da função jurisdicional, cabendo pois a quem quer que legitimamente a exerça. "Todos os tribunais e juízes, federais ou locais, ordinários ou especiais, dela dispõem, embora a última palavra sobre o assunto possa, em qualquer caso, ser deferida ao mais alto tribunal da República".[46]

Ressalte-se a possibilidade de atuação jurisdicional *ex-officio* neste modelo brasileiro:

> Os magistrados singulares, no exercício da jurisdição constitucional, não só podem como devem declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público, atuando, inclusive *ex-officio*, numa situação que se assemelha à da nulidade do negócio jurídico, que deve ser pronunciada pelo juiz, independentemente de alegação do interessado […]. No controle difuso, mesmo que as partes ou o Ministério Público não suscitem a questão, até pelo princípio *jura novit curia*, deve o juiz observar o problema e, se encontrar lei ou ato normativo contrário à Constituição, que tenha relação com a causa, está na obrigação funcional de se manifestar, decretando a invalidade da lei ou ato normativo, determinando sua não-aplicação ao caso, objeto da demanda.[47]

No controle difuso a decisão é *incidenter tantum*, aplicando-se apenas às partes envolvidas na causa (efeitos *inter partes*), não cabendo falar-se em efeitos *ex tunc* ou *ex nunc*, porque sequer há declaração de inconstitucionalidade, uma vez que apenas se opta pela não aplicação da norma impugnada. Sendo esta a decisão, isto se dá apenas no que se refere à relação jurídica sob exame, isto é, a mesma espécie normativa segue vigorando com força obrigatória com relação a terceiros, podendo perfeitamente ser aplicada a outros casos análogos inclusive pelo próprio órgão que tenha proferido a decisão, haja vista este poder vir a entender de modo diverso. No entanto, os efeitos da decisão poderão ser *erga omnes* quando lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do STF tiver suspensa, no todo ou em parte, sua execução pelo Senado Federal (art. 52, X, da CF/88), conforme já adiantado acima. Isto pode acontecer quando o STF julga, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida contrariar dispositivo da Constituição, declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal, ou julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face da Constituição (art. 102, III, a, b, c, CF/88).

No mais, não há no Brasil uma normativa específica a respeito do procedimento dos incidentes de inconstitucionalidade no primeiro grau de jurisdição, resolvendo-se a questão como todas as demais questões prejudiciais de mérito que possam surgir no decorrer de um processo.[48] Mas há regras explícitas a respeito quando se tratar do

---

[46] Cf. C. A. Lúcio Bittencourt, *O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis*, p. 35.

[47] Cf. Veloso, op. cit., p. 44.

[48] Cf. Laisla Fernanda Zeni, *O controle de constitucionalidade no Brasil e nos demais países membros e associados do Mercosul: ênfase no sistema difuso*, p. 41.

segundo grau de jurisdição: além das previsões nos regimentos internos, o Código de Processo Civil trata da matéria nos artigos 480 a 482. Quanto ao Superior Tribunal de Justiça, o procedimento relativo à declaração incidental de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público está disciplinado nos artigos 199 e 200 do seu Regimento Interno, o mesmo ocorrendo em se tratando do Supremo Tribunal Federal, cuja disciplina está nos artigos 177 e 178 do respectivo Regimento Interno. Conforme Clèmerson Clève, o STF pode declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo (federal, estadual ou municipal), de forma incidental, em qualquer feito de sua competência, seja originária, recursal ordinária ou recursal extraordinária, embora o recurso extraordinário do art. 102, III, da CF/88 constitua o principal meio de encaminhamento de questões constitucionais nos casos concretos àquela casa.[49]

Com isso têm-se vistas, em linhas gerais, as nuanças dos dois modelos adotados no sistema jurisdicional de controle de constitucionalidade brasileiro.

4. Chile. Constituição de 1980

É lição de Norbert Lösing que no Chile predomina o sistema de controle de constitucionalidade misto.[50]

Mas conforme ensinamentos de Humberto Nogueira Alcalá vige no Chile, no que se refere ao modelo abstrato, um duplo controle concentrado de constitucionalidade, com a presença de um Tribunal Constitucional exclusivo.[51] Ainda segundo este autor, tal Tribunal exerce inclusive controle preventivo sobre os projetos de reformas constitucionais (art. 82, nº 2, Constituição), cuja iniciativa restringe-se a apenas alguns órgãos constitucionais políticos (Presidente da República ou qualquer das Câmaras) ou ainda às minorias parlamentares mais significativas, e cujo objeto não se restringe aos aspectos formais-procedimentais, estendendo-se aos aspectos substantivo-materiais (cf. art. 5º, 2º). Este mesmo controle preventivo é também realizado em relação aos tratados ou convenções internacionais submetidos à aprovação do Congresso, embora de modo facultativo e mediante petição de qualquer das Câmaras ou ao menos de uma quarta parte dos deputados ou senadores em exercício. Já pelo art. 82, nº 1, da Constituição, o Tribunal realiza também o controle preventivo obrigatório de constitucionalidade de todos os projetos de leis interpretativas da Constituição e de leis orgânicas constitucionais. No que diz respeito ao controle preventivo da constitucionalidade dos projetos de lei durante sua tramitação legislativa e das reclamações no caso de o Presidente da República não promulgar uma lei quando deva

---

[49] Cf. Clèmerson Merlin Clève, op. cit., p. 112.

[50] Cf. Lösing, op. cit., p. 284.

fazê-lo, isto é uma faculdade e não uma obrigação do Tribunal Constitucional (cf. art. 82, nº 12).

Ao observar enfaticamente a existência de um "duplo controle concentrado" sobre preceitos legais, Humberto Nogueira Alcalá explica: um é o preventivo, exercido ante o Tribunal Constitucional (excepcionalmente repressivo nos casos de decretos com força de lei ou decretos regulamentares, simples decretos supremos e regulamentos autônomos), e o outro é o repressivo ou corretivo concreto, a cargo da Suprema Corte, por meio do recurso de inaplicabilidade por inconstitucionalidade. Neste caso, Manoel Gonçalves Ferreira Filho observa que a invalidade do ato é declarada por órgão sujeito ao controle, via recurso, por parte do tribunal mais alto.[52] Este recurso de inaplicabilidade vem consagrado no art. 80 da Constituição, o qual faculta à Corte Suprema pronunciar-se sobre a constitucionalidade das leis nos casos particulares que conheça ou sejam a ela submetidos via recursos, os quais são interpostos em juízo ou em outro tribunal. Emilio Pfeffer Urquiaga enfatiza que, caso as leis ou atos normativos sejam declarados inconstitucionais, a Corte Suprema os declara inaplicáveis para o caso concreto.[53] Neste sentido veja-se a redação do próprio art. 80: "A Corte Suprema, de ofício ou a petição da parte, nas matérias que conheça, ou que lhe forem submetidas em recurso interposto em qualquer gestão que se siga ante outro tribunal, poderá declarar inaplicável para esses casos particulares todo preceito legal contrário à Constituição".

Deste modo, tem-se no Chile,[54] a partir de 1980, o controle preventivo por parte do Tribunal Constitucional, pelo qual a lei simplesmente não nasce, e o controle repressivo desde a Constituição de 1925, realizado pela Corte Suprema, com efeitos relativos, *inter partes* (o art. 80 da Constituição se refere à "declaração de inaplicabilidade para os casos concretos"), que geralmente são acatados pelo Tribunal Constitucional, o qual os transforma em *erga omnes*. Esclarece ainda aquele autor chileno que este modelo está sendo revisto atualmente em reforma constitucional tendente a "concentrar tanto o controle preventivo como o repressivo, abstrato ou concreto, no Tribunal Constitucional".[55]

Quanto ao controle repressivo de constitucionalidade de preceitos legais em casos concretos, assevera Humberto Nogueira Alcalá que, do mesmo modo que na Colômbia e no Perú, no caso chileno o Tribunal Constitucional não conhece de recursos

---

[51] Cf. Humberto Nogueira Alcalá, "Las competencias de los Tribunales Constitucionales de América del Sur", in *IX Encuentro de los Presidentes y Magistrados de los Tribunales Constitucionales y de las Salas Constitucionales de América Latina*, p. 3 e ss.

[52] Cf. Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *Curso de Direito Constitucional*, p. 37.

[53] Cf. Emilio Pfeffer Urquiaga, "El control constitucional en Chile: Tribunal Constitucional", in Victor Bazán (coord.), *Desafíos del control de constitucionalidad*, p. 407.

[54] Para conhecer o desenvolvimento histórico da jurisdição constitucional chilena veja-se o excelente estudo feito por Lösing, op. cit., p. 277-282.

[55] Cf. Nogueira Alcalá, op. cit., p. 6.

ou incidentes de inconstitucionalidade de normas jurídicas, "já que dita competência está entregue em forma de controle difuso ou concentrado a tribunais ordinários de justiça, o que pode gerar o inconveniente da vigência de dois parâmetros de constitucionalidade diferentes, um do Tribunal Constitucional, outro dos tribunais superiores de justiça ou da Corte Suprema, gerando insegurança jurídica".[56] É por esta razão, continua o autor, que no caso chileno o projeto de reforma constitucional que ora tramita no Congresso Nacional "elimina o recurso de inaplicabilidade por inconstitucionalidade de preceitos legais concentrado na Corte Suprema para transpassá-lo ao Tribunal Constitucional, com o que se passaria de um sistema ou modelo de duplo controle concentrado a um modelo de controle concentrado de constitucionalidade no Tribunal Constitucional, aproximando-se do modelo europeu".[57]

Conclui-se que, por ora e a seu modo, o sistema chileno contempla a coexistência dos modelos difuso e concentrado de controle de constitucionalidade.

5. Paraguai. Constituição de 1992

Conforme Humberto Nogueira Alcalá, vige no Paraguai o sistema judicial concentrado na Suprema Corte de Justiça e na sua Sala Constitucional.[58]

Paulo Napoleão Nogueira da Silva conclui por inexistir no Paraguai o controle difuso-incidental da constitucionalidade, ressaltando que apenas a Sala Constitucional da Suprema Corte encarrega-se desse controle, em sistema direto-concentrado, sendo que eventualmente um membro de outra Sala pode requerer que um julgamento seja feito não só pela Sala Constitucional mas pelo Plenário da Corte. O autor brasileiro salienta ainda que, em qualquer caso, determina o art. 260, 2, segunda parte, "ser possível ao litigante em processo argüir a inconstitucionalidade, mas sempre por via de exceção", hipótese em que "a questão constitucional será remetida à Sala Constitucional da Suprema Corte, que a apreciará". Este procedimento leva o autor a identificar o sistema paraguaio ao alemão.[59]

Norbert Bernsdorff e Ramón Isasi-Cortázar chamam a atenção para o fato de que as resoluções da "Corte Suprema de Justicia de Paraguay" carecem de efeitos *erga omnes*, conforme o § 1º do art. 260 da Constituição. É, sem dúvida, uma forma bastante peculiar de regular os efeitos da declaração de inconstitucionalidade das normas jurídicas. O que pode levar, por exemplo, à seguinte conseqüência: "declarada la inconstitucionalidad de una ley en un caso concreto, si no reacciona oportunamente el Legislador en modificar dicha ley en lo pertinente, nos encontramos ante la aplicación continua a nivel judicial inferior y sobre todo en la esfera del Poder Administrativo de

---

[56] Ibidem, p. 8.
[57] Idem.
[58] Cf. Nogueira Alcalá, op. cit., p. 2.
[59] Cf. Silva, op. cit., p. 246-7.

una ley ya declarada inaplicable, si bien es cierto en un caso concreto".[60] Salientam ainda os autores residir aí uma diferença entre o modelo uruguaio e o modelo alemão de controle de constitucionalidade, pois no caso da Alemanha as decisões da Corte Constitucional têm efeito *erga omnes*, vinculando, portanto, o legislador a suas resoluções (conforme o art. 20, § 3º da Constituição). Esclarecem ainda os autores:

> De allí, es ilegítima la repetición de normas por el legislador, sin una alteración de los presupuestos que motivaron la primera sanción —que fuera ya declarada inconstitucional por la Corte— y, cuando mas bien dicha repetición de normas es motivada por la insatisfacción de órganos estatales por la resolución dictada. Por outro lado, el legislador no está impedido en sancionar normas del mismo contenido de la resolución de la Corte, pero sin descuidar las causas de inconstitucionalidad consideradas en la resolución. La repetición de normas exige fundamentos especiales, que serían sobre todo provenientes de alteraciones de los presupuestos o relaciones jurídicas.[61]

De resto, ainda que oficialmente só se reconheça o modelo concentrado de controle de constitucionalidade, o fato de os efeitos das decisões prolatadas neste nível serem apenas *inter partes* (art. 260), bem como a possibilidade de utilização da via indireta, fazem com que haja, na aplicação prática, uma infiltração de aspectos do controle difuso no modelo concentrado.

6. Uruguai. Constituição de 1967

No Uruguai o regime de controle de constitucionalidade das leis (*lato sensu*) é eminentemente "jurisdicionalista", tendo surgido na segunda metade do século XIX.[62]

A Constituição Uruguaia atual, dentre outras competências, pelo art. 239, 1º, diz competir à Suprema Corte de Justiça julgar originariamente os delitos contra a Constituição e contra o "Direito das Gentes", podendo a lei dispor sobre instâncias a serem percorridas nos diversos Juízos, conforme cada caso. Deste modo, tem-se que o modelo adotado é o judicial concentrado na Corte Suprema.

Vê-se muita semelhança entre os sistemas uruguaio e paraguaio de controle da constitucionalidade e, por isso mesmo, de ambos com o sistema alemão. Senão veja-se: conforme os artigos 256 a 261, quaisquer leis nacionais ou decretos dos Governos Departamentais poderão ser declarados inconstitucionais, com inaplicabilidade de disposições conseqüentes. Para que isso ocorra as argüições deverão ser feitas por via de ação "por todo aquele que se considere lesionado no seu interesse direto, pessoal e

---

[60] Cf. Norbert Bernsdorff, Ramón Isasi-Cortázar, "Admisibilidad y límites de la crítica por titulares de cargos públicos a las decisiones del Tribunal Federal Alemán y de la Corte Suprema de Justicia de Paraguay", in *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Buenos Aires, Konrad Adenauer-CIEDLA, 1999, p. 460.

[61] Cf. Bernsdorff, Isasi-Cortázar, op. cit., p. 460.

[62] Cf. Adolfo Gelsi Bidart, "Repaso de interrogantes, hoy, sobre temas de control constitucional. El caso de Uruguay", in Victor Bazán (coord.), *Desafios del control de constitucionalidad*, p. 338.

legítimo", perante a Suprema Corte, ou ainda pelos litigantes em qualquer processo judicial. O primeiro caso equivale à ação direta dos direitos paraguaio e brasileiro, ressaltando-se a diferença de que no Brasil apenas alguns entes e órgãos públicos estão constitucionalmente legitimados a exercitá-la. No segundo caso, quando a argüição da inconstitucionalidade se dá em qualquer processo, o procedimento nas instâncias ordinárias será suspenso e os autos serão remetidos à Suprema Corte para que se pronuncie sobre a mesma. Conforme reitera Paulo Napoleão Nogueira da Silva:

> [...] Trata-se de sistema assemelhado ao alemão, como já se observou em relação ao controle de constitucionalidade paraguaio; a diferenciá-los, a circunstância de que no sistema alemão as decisões do Tribunal Constitucional têm efeito vinculativo e erga omnes para todos os órgãos públicos e processos em curso, enquanto que no sistema uruguaio —assim como no paraguaio— as decisões da Suprema Corte só produzem efeitos para o caso concreto, entre as partes.[63]

Vejam-se neste sentido também as lições de Eduardo Esteva Gallicchio, segundo quem à Suprema Corte compete exercer:

> Control de constitucionalidad de leyes o decretos con fuerza de ley por vía de acción: control con legitimación limitada y efectos para el caso concreto delineado por el promotor. Control de constitucionalidad de leyes o decretos con fuerza de ley por vía de excepción: control con legitimación limitada y efectos para el caso concreto en que fue promovida la solicitud. Control de constitucionalidad por vía de oficio: control a instancia de cualquier juzgado o tribunal del Poder Judicial o del Tribunal del Contencioso Administrativo, con efectos para el caso concreto.[64]

Vê-se, assim, que embora o modelo de controle concentrado seja o oficialmente adotado, o difuso também existe, misturado àquele, ou pelo menos pode-se dizer que aquele, em sua execução, em seu exercício, utiliza-se de meios que são próprios do modelo difuso.

Gonzalo Aguirre Ramírez, ao tratar das razões do efeito *inter partes* da declaração de inconstitucionalidade das lei confirma que no regime constitucional uruguaio a sentença da Suprema Corte de Justiça apenas tem efeito "nos procedimentos em que se haja pronunciado" e se "referirá exclusivamente ao caso concreto", segundo o disposto no art. 259 da Constituição. Para ele:

> Esta norma no resulta fácilmente conciliable con la del artículo anterior (258), en cuanto éste permite solicitar la declaración de inconstitucionalidad por vía de acción, en cuyo caso surgen dos problemas: 1º) No se advierte cuál puede ser el caso concreto a que deberá referir el fallo de la Corte, desde que éste no está planteado ante la Justicia, salvo que por tal se entienda la concreta situación del accionante respecto de un supuesto de eventual aplicación, a su persona, de la ley cuya declaración de inconstitucionalidad impetra. 2º) Menos se advierte en qué procedimientos tendrá efectos la sentencia de la Corte, desde que éstos aún no existen. En consecuencia, el efecto 'inter partes' de la

---

[63] Cf. Silva, op. cit., p. 252.

[64] Cf. Eduardo Esteva Gallicchio, *La jurisdicción constitucional en Uruguay*, p. 284.

> sentencia de la Corte, queda diluido o desvirtuado en esta hipótesis. El accionante, munido de la declaración de inconstitucionalidad, podrá oponerse con éxito, en el futuro, a todo intento o pretensión de aplicarle esa ley, cualquiera sea la persona u órgano que trate de hacerlo. De hecho, para él al menos, la sentencia tendrá efecto general y valdrá, a su respecto, como una auténtica derogación de la ley.
>
> La cuestión no es menor. Sin embargo, ha sido generalmente soslayada por la doctrina y la jurisprudencia. Jiménez de Aréchaga J. ('La Constitución de 1952', t. III, pp. 190-191) y Cassinelli Muñoz H. ('Derecho Público', t. II, p. 90), sostienen que al no haber un procedimiento judicial ya planteado, previo, el accionante debe delimitar, en su demanda, el caso concreto al que se aplicará, luego, la sentencia eventualmente favorable de la Suprema Corte de Justicia. Pero ello, en los hechos, no resulta fácil. Y, a menudo, ni siquiera se intenta. [...].[65]

O autor uruguaio segue dizendo que esta solução pode justificar-se por razões puramente técnico-jurídicas: desde que a inconstitucionalidade é declarada por uma sentença e é suscitada, salvo no caso da via de ação, no curso de um litígio pendente de resolução, deve ter em princípio efeito unicamente entre as partes desse litígio, conforme os limites subjetivos da coisa julgada. Mas para ele a questão é anterior a esta e radica-se em determinar que razões políticas levaram o constituinte, a partir de 1934, a optar "pelo sistema mais restrito em matéria de declaração de inconstitucionalidade das leis", já que o Direito Comparado oferece modelos e soluções "muito mais amplos e radicais", tais como o da Constituição Austríaca de 1920.[66] Para ele, dentre outras, uma das razões dessa solução "más limitativa" seria um temor, totalmente consciente e ainda hoje existente, à politização do Poder Judiciário ou, pelo menos, de seu órgão supremo, assim como ao que nos Estados Unidos, nos tempos da primeira presidência de Franklin Roosevelt chamou-se "o governo dos juízes". "En ocasión de discutirse en comisión el proyecto de ley constitucional que dio en llamarse la 'maxi reforma' —a principios de 1994— ese temor volvió a expresarse por algunos senadores, toda vez que se propuso introducir modificaciones a los arts. 256 a 259 de la Constitución".[67]

Conclui-se a análise do sistema uruguaio de controle de constitucionalidade com a síntese crítica do próprio Aguirre Ramírez: "El sistema de los arts. 256 a 259 de la Constitución lleva, en los hechos, a que las leyes tengan más valor del que jurídicamente les correspondería. Y a que las leyes inconstitucionales suelan gozar de buena salud y larga vida. Lo que no es conveniente en un Estado de Derecho".[68]

---

[65] Cf. Gonzalo Aguirre Ramírez, *Derecho Legislativo*, tomo I, *Teoría General de la Ley*, p. 40, nota 11.

[66] Idem.

[67] Ibidem, p. 41.

[68] Ibidem, p. 42.

III. Considerações finais

Esta breve pesquisa nos textos constitucionais dos países adscritos ao Mercosul demonstra que há uma tendência de introdução institucionalizada e de aprimoramento do modelo de constitucionalidade europeu continental em tais países, com a presença de organismos jurisdicionais especializados. No entanto nota-se, em paralelo, que isso não tem significado o abandono ou a supressão daquele modelo de controle de constitucionalidade advindo da tradição anglo-americana. Assim, os ordenamento estudados combinam ambas as tradições com alterações que não chegam a deformá-las, sendo possível falar-se em uma "concepção difuso-concentrada" de controle, donde a manutenção do modelo difuso é sinal de uma maior democratização dos meios de acesso à justiça constitucional. Isto se dá, naturalmente, pela possibilidade de qualquer um que se sinta lesado por um preceito normativo poder solicitar que lhe seja afastada a aplicação de tal preceito, facilidade ampla e democrática que só o modelo de controle difuso pode oferecer.

Referências bibliográficas

AGUIRRE RAMÍREZ, Gonzalo, *Derecho Legislativo*, tomo I, *Teoría General de la Ley.* Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 1997.

BAZÁN, Victor (coord.), *Desafios del control de constitucionalidad*, Buenos Aires, Ciudad Argentina, 1996.

BERNSDORFF, Norbert; Ramón ISASI-CORTÁZAR, "Admisibilidad y límites de la crítica por titulares de cargos públicos a las decisiones del Tribunal Constitucional Federal Alemán y de la Corte Suprema de Justicia de Paraguay", in *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Buenos Aires, Konrad Adenauer-CIEDLA, 1999, p. 451-463.

BASTOS, Celso Ribeiro, *Curso de Direito Constitucional*, 19. ed., São Paulo, Saraiva, 1995.

BESTER, Gisela Maria, *Cadernos de Direito Constitucional*, Parte I, Porto Alegre, Síntese, 1999.

BIDART CAMPOS, German Jorge, *Manual de la Constitución reformada*, tomo I, Buenos Aires, EDIAR, 1996.

BITTENCOURT, C. A. Lúcio, *O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis* (atualizado por José Aguiar Dias), 2. ed., Brasília, Ministério da Justiça, 1997.

BLANQUER, Jean-Michel, "Consolidation démocratique? Pour une approche constitutionnelle", *Revue Pouvoirs*, n. 98, Paris, Seuil, p. 37-47, septembre 2001.

BONAVIDES, Paulo, *Curso de Direito Constitucional*, 6. ed., São Paulo, Malheiros, 1996 (7. ed. São Paulo: Malheiros, 1997).

CANOTILHO, Joaquim José Gomes, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 3. ed., Coimbra, Almedina, 1999.

CAPPELLETTI, Mauro, *O controle judicial de constitucionalidade das leis no Direito Comparado*, 2. ed., Porto Alegre, Fabris, 1992.

CLÈVE, Clèmerson Merlin, *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*, 2. ed., São Paulo, RT, 2000.

Constituições dos países do Mercosul: 1996-2000. Textos constitucionais Argentina, Bolívia, Brasil, Chile, Paraguai e Uruguai, Brasília, Câmara dos Deputados, 2001.

ESTEVA GALLICCHIO, Eduardo, *La jurisdicción constitucional en Uruguay*, Madrid: [s.n.], 1997.

FAVOREU, Louis, *Los tribunales constitucionales* (traducción de Vicente Villacampa). Barcelona, Ariel, 1994, (título original: *Les Cours Constitutionelles*).

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves, *Curso de Direito Constitucional*, 27. ed., São Paulo, Saraiva, 2001. (17 ed., São Paulo, Saraiva, 1989).

FREITAS, Juarez, "O intérprete e o poder de dar vida à Constituição: preceitos de exegese constitucional", en Eros Roberto GRAU, Willis Santiago GUERRA FILHO (org.), *Direito Constitucional. Estudos em homenagem a Paulo Bonavides*, São Paulo, Malheiros, 2001.

KELSEN, Hans, *Teoria Pura do Direito* (tradução de João Baptista Machado), 6. ed., 3. tiragem, São Paulo, Martins Fontes, 1991.

LÖSING, Norbert, *La jurisdiccionalidad constitucional en Latinoamérica* (traducción de Marcela Anzola Gil), Madrid, Konrad Adenauer Stiftung-Dykinson, 2002.

LOULA, Pedro; Teresa MELO, "Argüição de descumprimento de preceito fundamental: novo mecanismo de tutela das normas constitucionais?", *Revista de Processo*, n. 104, ano 26, São Paulo, RT, p. 175-190, out.-dez. 2001.

MIRANDA, Jorge, *Manual de Direito Constitucional*, tomo II, *Constituição e inconstitucionalidade*, 3. ed., reimpressão, Coimbra, Coimbra Editora, 1996.

MENDES, Gilmar Ferreira, *Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*, 2. ed., São Paulo, Saraiva, 1998.

NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. "Las competencias de los Tribunales Constitucionales de América del Sur", in *IX Encuentro de los Presidentes y Magistrados de los Tribunales Constitucionales y de las Salas Constitucionales de América Latina*, Florianópolis, Universidad Federal de Santa Catarina-Curso de Postgrado en Derecho; Montevideo, Fundación Konrad Adenauer, Programa Estado de Derecho, 2002. (mímeo).

PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique, *Los derechos fundamentales*, 7. ed., Madrid, Tecnos, 1998.

PFEFFER URQUIAGA, Emilio, "El control de constitucionalidad en Chile: Tribunal Constitucional", in Victor BAZÁN (coord.), *Desafíos del control de constitucionalidade*.

ROCHA, Fernando Luiz Ximenes, "Controle de constitucionalidade das leis no Brasil", in Antônio Carlos Mathias COLTRO (coord.), *Constituição Federal de 1988: dez anos (1988-1998)*, São Paulo, J. de Oliveira, 1999, p. 265-294.

SILVA, José Afonso da, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 15 ed., São Paulo, Malheiros, 1998.

SILVA, Paulo Napoleão Nogueira da, *Direito Constitucional do Mercosul*, Rio de Janeiro, Forense, 2000.

VANOSSI, Jorge Reinaldo, *Teoría constitucional*, Buenos Aires, Depalma, 1976.

VÁZQUEZ, Adolfo, "La supremacía constitucional y el control", in *IX Encuentro de los Presidentes y Magistrados de los Tribunales Constitucionales y de las Salas Constitucionales de América Latina*, Florianópolis, Universidad Federal de Santa Catarina-Curso de Postgrado en Derecho; Montevideo, Fundación Konrad Adenauer, Programa Estado de Derecho, 2002 (mímeo).

VELOSO, Zeno, *Controle jurisdicional de constitucionalidade*, Belém, Cejup, 1999.

ZENI, Laisla Fernanda, O controle de constitucionalidade no Brasil e nos demais países membros e associados do Mercosul: ênfase no sistema difuso, monografia (graduação em Direito), Faculdade de Direito de Curitiba, 2002.

III. Derechos y garantías individuales

- *Willman Ruperto Durán Ribera (Bolivia)*
  Los derechos fundamentales como contenido esencial del Estado de Derecho

- *Jorge A. Marabotto Lugaro (Uruguay)*
  Un derecho humano esencial: el acceso a la justicia

- *Miguel Julio Rodríguez Villafañe (Argentina)*
  Derecho a la información y el respeto a las garantías del debido proceso

- *Agustín Ruiz Robledo (España)*
  Divagaciones sobre el Defensor del Pueblo Andaluz

Willman Ruperto Durán Ribera (Bolivia) *

Los derechos fundamentales como contenido esencial del Estado de Derecho

I. Introducción a los derechos fundamentales

1. Concepto y significado

Resulta de rigor, al menos conforme a nuestra tradición latina, el brindar un concepto de la disciplina o tema objeto de estudio. En este cometido, diremos con Luigi Ferrajoli que derechos fundamentales son "todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos dotados del *status* de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar; entendiendo por derecho subjetivo cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica".[1]

Del concepto glosado se extrae que una de las notas caracterizadoras de todo derecho fundamental es el de ser un derecho subjetivo. Con esto quiere ponerse de relieve que el titular del derecho tiene la facultad de exigir su respeto y observancia, pudiendo acudir para ello al órgano jurisdiccional competente para, en su caso, reclamar, a través de los recursos que establece el respectivo orden jurídico, la protección de tales derechos y la reparación del menoscabo sufrido.

Sin embargo, debe precisarse que los derechos fundamentales no sólo garantizan derechos subjetivos de las personas, sino también principios objetivos básicos del orden constitucional que influyen de manera decisiva sobre el ordenamiento jurídico en su conjunto, legitimando y limitando el poder estatal, creando así un marco de

---

* Doctor en Derecho (Universidad Autónoma de Madrid). Decano del Tribunal Constitucional de Bolivia. Profesor de las universidades Mayor, Real y Pontificia de San Francisco Xavier de Chuquisaca, Andina y Gabriel René Moreno.

[1] Luigi Ferrajoli, *Derechos y garantías*, Trotta, Madrid, 1997, p. 37.

convivencia humana propicio para el desarrollo libre de la personalidad.[2] Así, los derechos fundamentales como principios objetivos (preceptos negativos de competencia) limitan las atribuciones de los tres poderes. Esta tesis parte de la idea de que el menoscabo a los derechos fundamentales no sólo puede provenir de una ley dirigida a limitar derechos fundamentales, sino que es posible hacerlo a través de preceptos que, si bien no regulan tales derechos de manera específica, establecen en las normas creadas unas condiciones adversas a la realización efectiva de los derechos fundamentales o, lo que es lo mismo, que tales normas se traduzcan en un muro de contención infranqueable para el ejercicio del derecho fundamental en cuestión.[3]

2. Contenido y clasificación de los derechos fundamentales

El derecho comparado no muestra uniformidad ni en el catálogo ni en el contenido que los textos constitucionales dedican a los derechos fundamentales; sin embargo, no obstante esta diversidad, podría sostenerse que existe una base común de la cual parten todas las constituciones de nuestra órbita de cultura: la ordenación jurídica de la libertad.[4] Conforme a esto, Peces Barba[5] considera: "La libertad es el referente

---

[2] Este es el entendimiento que asume la doctrina del Tribunal Constitucional, expresada a través de la SC 52/2002, conforme al siguiente texto: "Que, desde una interpretación teleológica, se tiene que el reconocimiento constitucional de los derechos fundamentales persigue crear y mantener las condiciones básicas para asegurar el desarrollo de la vida del hombre en libertad, en condiciones compatibles con la dignidad humana; asignándole, como garantía de su eficacia, la calidad de derechos subjetivos; sin embargo, conviene precisar, que los derechos fundamentales, conforme a la normativa constitucional antes aludida, no sólo garantizan derechos subjetivos de las personas, sino también principios objetivos básicos del orden constitucional, que influyen de manera decisiva sobre el ordenamiento jurídico en su conjunto, legitimando y limitando el poder estatal, creando así un marco de convivencia humana propicio para el desarrollo libre de la personalidad; conforme a lo cual el legislador está llamado a crear las condiciones propicias para el logro de los fines antes aludidos; en consecuencia, le está vedado actuar en sentido inverso".

[3] Así puede darse el caso de que una norma no esté dirigida a limitar de manera específica el contenido esencial del derecho fundamental —al trabajo, por ejemplo—; sin embargo, tal ley, al constreñir significativamente las fuentes de trabajo, determina con ello la desocupación masiva. Con esto no cabe duda de que se lesiona el referido derecho.

[4] Luis López Guerra, *Introducción al Derecho Constitucional*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1994, p. 104. Aquí el citado profesor español distingue tres generaciones de derechos fundamentales, a saber:

– Una primera generación correspondiente al constitucionalismo liberal (siglos XVIII y XIX), en que el acento se pone, en los textos constitucionales, en derechos de clara dimensión individual: protección del individuo frente a amenazas externas de los poderes del Estado (derechos de libertad) y participación en la vida pública (derechos políticos).

– Una segunda generación (constitucionalismo social, a partir de la I Guerra Mundial), de constituciones en que a los derechos anteriores se añaden otros que tienen en cuenta las relaciones de los individuos con su entorno social (relaciones laborales, económicas, etc.) y que suponen garantías de bienestar o prestaciones materiales (educación, salud).

– Derechos de la tercera generación, que protegen derechos colectivos, integrados por bienes antes sobreentendidos, y base de la misma vida, pero que comienzan a ser escasos, y cuya

central, bóveda del fundamento de los derechos fundamentales, al que apoyan, completan y matizan los otros valores: igualdad, seguridad jurídica y solidaridad"; y precisa que esa categoría fundacional que tiene la libertad en la estructura de los derechos "deriva de su conexión con los fines del hombre, expresados en la moralidad, y con la posibilidad de ofrecer un ámbito de comunicación para el intercambio de razones sobre fines y objetivos".[6]

Conforme a esto, a los derechos fundamentales les está dada la función de crear y mantener las condiciones básicas para asegurar el desarrollo de la vida del hombre en libertad, en condiciones compatibles con la dignidad humana; y es que "la libertad del individuo sólo puede darse en una comunidad libre; y viceversa, esta libertad presupone seres humanos y ciudadanos con capacidad y voluntad para decidir por sí mismos sobre sus propios asuntos y para colaborar responsablemente en la sociedad públicamente constituida como comunidad".[7]

Cabe subrayar, sin embargo, que no obstante la universalización de los derechos fundamentales, la configuración constitucional de un derecho fundamental no es homogénea, sino que guarda correspondencia con la idiosincrasia de cada pueblo; y en ocasiones se da que, junto al núcleo de derecho reconocido en prácticamente todas las constituciones contemporáneas (libertad de locomoción, derecho a la privacidad, inviolabilidad del domicilio), no faltan casos en que se reconocen como fundamentales derechos difícilmente calificables como tales en otros contextos. En este sentido, se tienen como ejemplos emblemáticos el derecho a la tenencia de armas previsto en la enmienda II de la Constitución de los Estados Unidos y el derecho a dictar libre testamento, previsto en el artículo 22 de la Constitución de El Salvador.

No cabe duda de que el reconocimiento de los derechos fundamentales en los textos constitucionales es un logro importante; sin embargo, como advierte López Guerra, "el efectivo ejercicio de los derechos de libertad y participación sólo cobra sentido si se dan unas condiciones materiales previas", por cuanto, si la persona hu-

---

desaparición amenaza a la colectividad como un todo: derechos al medio ambiente, a un entorno sano, al patrimonio cultural, etc.

[5] Gregorio Peces Barba Martínez, *Curso de Derechos Fundamentales (Teoría general)*, ed. Boletín Oficial del Estado y Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, 1999, p. 103.

[6] Ibídem. Conforme a este entendimiento, el profesor Peces Barba complementa su tesis sosteniendo que existen tres modalidades de aplicación de la libertad, que fundamentan tres distintos tipos de derechos: 1) Es libertad como no interferencia o protectora cuando pretende que el hombre pueda actuar y decidir libremente el propio comportamiento. 2) Es libertad promocional cuando pretende satisfacer una serie de necesidades básicas que impiden o dificultan el ejercicio del primer tipo de libertad. 3) Es libertad participación cuando pretende favorecer la intervención en la formación de los criterios de decisión política, contribuir al proceso de formación normativa, y al restablecimiento de fines y objetivos y valores de la actividad del Estado.

[7] Conrado Hesse y otros: *Manual de Derecho Constitucional*, Marcial Pons, Madrid, 1996, p. 90.

mana no dispone de unos medios básicos que garanticen un mínimo vital en condiciones de dignidad, pocas serán las esferas propias que puedan protegerse de injerencias exteriores ilegales o arbitrarias. De este modo, por ejemplo, no es susceptible de protección el derecho a la inviolabilidad del domicilio del que no tiene casa, o el derecho a la libertad individual del que depende de otros para su mera subsistencia.[8]

II. El Estado de Derecho: concepto y significado

La expresión *Estado de Derecho* no goza de uniformidad en la doctrina; sin embargo, las ideas esbozadas sobre la temática pueden configurarse básicamente bajo tres concepciones, a saber:

A. Estado de Derecho como Estado en el que impera la ley, o en el que rige formalmente el principio de legalidad, o que funciona a través de cauces legales[9]

El empleo de la expresión en este sentido es impropio, dado que al ser el Derecho un instrumento insustituible por parte del Estado, conduce a una identificación entre Estado y Estado de Derecho, privándolo de la función legitimadora que había sido causa de su nacimiento. Esta concepción guarda correspondencia con la primigenia formulación del concepto Estado de Derecho, en la que la "la noción de legalidad suponía una síntesis de la idea liberal manifestada en la defensa de los derechos individuales, con la idea democrática concretada en la concepción de la ley como producto de la voluntad general";[10] ello explica la tendencia a identificar el concepto Estado de Derecho con el principio de legalidad, que se adscribe dentro de la concepción de Kelsen en sentido de que "todo Estado, por el mero hecho de serlo, es Estado de Derecho".[11]

B. Estado de Derecho como expresión de un conjunto de mecanismos jurídicos a través de los cuales se organiza, limita y fluye la actividad estatal, y los que se reconocen al individuo, derechos, libertades y garantías fundamentales

Dicho mecanismo responde a una determinada concepción filosófica del hombre y de la comunidad política —el Estado como ente racional al servicio del indivi-

---

[8] López Guerra, op. cit., pp. 108 y ss. Peces Barba vincula esta problemática con la eficacia de los derechos, es decir, con la "existencia o posibilidad de existencia real de esos derechos para algunas personas", sobre quienes pesan límites de hecho y no de derecho, como el analfabetismo, la pobreza.

[9] Estamos siguiendo aquí la clasificación que hace E. Diez, *Estado de Derecho y sociedad democrática*, 4ª ed., Madrid (Cuaderno para el Diálogo), 1973, pp. 170 y ss.

[10] Pérez Luño, op. cit.

[11] Hans Kelsen (trad. Legaz y Legambra), Barcelona.

duo—, que constituye así una técnica de libertad y que consiste en: a) separación de los poderes estatales, b) primacía de la ley como expresión de la voluntad general, c) sometimiento de la administración a la ley y control judicial, d) reconocimiento jurídico formal de una serie de derechos, libertades y garantías fundamentales.[12]

C. Estado de Derecho como modelo en que se realizan plenamente todas las exigencias jurídicas del individuo y la comunidad

Se trataría de un "verdadero", "auténtico", "puro" o "material" Estado de Derecho, en el que la ley expresa realmente la voluntad general, pues todos participan en su elaboración en igualdad de condiciones de formación e información y los derechos fundamentales no sólo disfrutan de una garantía jurídico-formal, sino también de una efectiva realización material.[13]

De los conceptos glosados se extrae que todo Estado es un Estado de Derecho en el sentido del primer concepto,[14] menos lo son en el segundo sentido, para llegar muy pocos a alcanzar la fisonomía que muestra la tercera fórmula.

Esto también permite visualizar que un Estado puede ser más o menos de Derecho, en la medida en que se acerque o aleje de la tercera fórmula descrita. Esta diferenciación conceptual tiene una importancia práctica superlativa, debido a que sólo en un Estado de Derecho conforme a la última fórmula aludida se garantiza y posibilita la realización plena de las expectativas legítimas del individuo y la comunidad.

III. Los derechos fundamentales como contenido esencial del Estado de Derecho

Desde el punto de vista histórico, la teoría de los derechos fundamentales precede a la formulación doctrinal del concepto Estado de Derecho; y es que las declaraciones de derechos del siglo XVIII se constituyen en la base ideológica sobre la que se edifica el Estado de Derecho en su versión actual.[15] Sin embargo, es innegable la dependencia recíproca entre ambos, puesto que "la doctrina de los derechos fundamentales del Estado de Derecho se ha presentado como un modelo articulador de las exigencias, en principio antagónicas, que refleja las ideas de libertad y de ley, en

---

[12] Los principios fundamentales y los derechos y libertades públicas, en AA.VV., *La Constitución española de 1978*, 2ª ed., Civitas, Madrid, 1981.

[13] Elías Díaz, op. cit., p. 16.

[14] Conforme a esto, lo sostenido por el profesor Elías Díaz, en el sentido de que "no todo Estado es Estado de Derecho", cobra vigencia, dado que la primera fórmula de Estado de Derecho a que se aludió no llena las exigencias materiales de lo que debe entenderse por esta expresión. Cf. Díaz, op. cit., p. 17.

[15] Para mayor información, véase Antonio Enrique Pérez Luño, *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, 6ª ed., Tecnos, Madrid, 1999, pp. 212 y ss.

cuanto imperativos de la comunidad social".[16] Conforme a esto, el Estado de Derecho nace como una fórmula de compromiso en la que se aunaban diversas garantías formales constitucionalmente consagradas (división de poderes y principio de legalidad) con una serie de garantías materiales, consagradas constitucionalmente; para alcanzar luego su máximo desarrollo al atribuir a los poderes públicos la tarea de "proporcionar a la generalidad de los ciudadanos las prestaciones necesarias y los servicios públicos adecuados para el pleno desarrollo de su personalidad reconocida no sólo a través de las libertades tradicionales, sino también a partir de la consagración constitucional de los derechos fundamentales de carácter económico, social y cultural".[17]

A partir de esta concepción de Estado de Derecho se construye la tesis expuesta, que postula que los derechos fundamentales son un elemento básico que caracteriza al Estado de Derecho; no es posible hablar de Estado de Derecho sin el contenido de estos derechos fundamentales.

IV. El límite posible a los derechos fundamentales en el Estado de Derecho

El problema del límite a los derechos fundamentales es una cuestión muy compleja, respecto a la cual no existe uniformidad de criterios ni en la doctrina ni en la jurisprudencia, ni es previsible que la haya en un futuro próximo. Las opiniones se hallan posicionadas en dos frentes más o menos irreductibles: la teoría relativa y la teoría absoluta.

Sin embargo, antes de adentrarnos en el análisis de las posiciones aludidas, conviene sentar algunas premisas básicas que nos preservarán de equívocos hermenéuticos. Así, conviene precisar que, cuando se habla de límites normativos en general, éstos pueden ser materiales y formales. Los primeros establecen contenidos normativos que limitan, en diversos niveles, la producción normativa, la aplicación y el ejercicio del derecho; en cambio, los límites formales se refieren a las competencias o atribuciones otorgadas a los órganos jurisdiccionales o administrativos para limitar, en determinados supuestos preestablecidos, el ejercicio de derechos o la suspensión temporal de éstos.[18] Conforme a ello, los límites de cada derecho, considerados en general, se encuentran en la Constitución y en las leyes de desarrollo, y los límites en la aplicación de los derechos en un supuesto concreto aparecerán en la resolución que resuelva el asunto en cuestión.

Retomando el hilo de la temática en análisis, se tiene que la teoría relativa parte de la idea de que la protección a los derechos fundamentales no es absoluta, y que por tanto es posible restringir un derecho fundamental cuando tal limitación se halle razo-

---

[16] Ibídem.

[17] Pérez Luño, op. cit., p. 224.

[18] Para mayor información véase a Peces Barba, op. cit., p. 590.

nablemente justificada, justificación que debe encontrar apoyo explícito en la Constitución o bien poder extraerse implícitamente de ésta,[19] en cuanto responde a la "necesidad de proteger o preservar no sólo otros derechos constitucionales, sino también otros bienes constitucionalmente protegidos". Esta ponderación se sustenta en el llamado *test de razonabilidad* o *principio de proporcionalidad*, en palabras de la doctrina alemana: el examen de proporcionalidad entre la lesión al derecho y el fin que se persigue.[20] Para esta teoría, el contenido esencial no es una medida preestablecida y fija; no es un elemento estable ni una parte autónoma del derecho fundamental.[21]

A su vez, las teorías absolutas parten de la idea de que todo derecho fundamental estaría integrado por una parte nuclear, que sería su contenido esencial,[22] y una parte periférica, que sería su contenido accesorio. La primera esfera (el contenido esencial) es, según esta línea de pensamiento, la parte que no admite límite; es decir, se constituye en el límite de la permisión limitadora que le da la Constitución al legislador ordinario. Conforme a esto, la parte nuclear estaría vedada a toda limitación, lo que no ocurre con la parte accesoria, que podría ser afectada por la regulación, pero con la condición de que ello siempre esté debidamente justificado.

De nuestra parte, nos parece que de la expresión "contenido esencial" no puede extraerse que cada derecho fundamental esté integrado por un contenido nuclear (esencial) y otro periférico (accesorio), y de ello entender que la esfera vedada al legislador ordinario sea la primera y no la segunda, pues este entendimiento no sólo presentaría infranqueables dificultades a la hora de establecer el contenido de cada una de las partes aludidas, sino que, fundamentalmente, no encuentra respaldo alguno en el texto ni en el sentido de protección de cada derecho fundamental. Y es que el contenido esencial del derecho no puede ser otro que el derecho mismo en sus caracteres propios que lo describen e identifican como tal; o, dicho en otras palabras, el contenido esencial de un derecho es el derecho en sí mismo, sin añadidos ni mermas.

La protección que brinda la Constitución a los derechos fundamentales no es absoluta ni relativa: está expuesta a los límites que el propio precepto informa. En efecto, tal limitación, en unos casos, está contenida de manera explícita en el mismo texto constitucional (así, el derecho de propiedad, el derecho al trabajo); en otros casos, el límite no está establecido en el texto pero es implícito, y se fundamenta en el derecho de los demás, derivado de la coexistencia del hombre en sociedad (así, el derecho a la libertad de expresión, a la libertad de enseñanza, entre otros). Nos parece

---

[19] Para mayor información véase Antonio-Luis Martínez-Pugalde, *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997, p. 22.

[20] Ibídem.

[21] Ibídem, p. 20.

[22] El contenido del "contenido esencial" quedaría reducido a todo aquello que queda en el derecho en cuestión, después realizada la ponderación con aquellos bienes o derechos que justifican la limitación.

que avala esta tesis del límite implícito el hecho de que en las Constituciones de manera general no se impone ningún límite explícito al derecho a la libertad de expresión (lo propio ocurre en la mayoría de las Constituciones iberoamericanas) y, sin embargo, los códigos punitivos de la generalidad de los países de esta órbita de cultura sancionan toda expresión injuriosa, así como otros atentados al honor.

Conforme a esto, los límites posibles a un derecho fundamental deben inferirse, antes que nada, del texto de la propia Constitución, en el marco de una interpretación sistemática en la que se tomen en cuenta los criterios axiológicos y teleológicos internos y externos de la norma constitucional misma.[23]

En lo que se refiere a las limitaciones al ejercicio concreto de un derecho, atribución que es otorgada a los órganos jurisdiccionales y administrativos, conviene precisar que, además de los contemplados de manera explícita en la Constitución (así, artículos 9 y 10 de la Constitución de Bolivia), el abuso del derecho se configura como un importante límite externo al ejercicio concreto de un derecho fundamental. Este límite implícito se extrae del contexto del orden constitucional y jurídico en general, en los que subyace, y bajo cuya óptica debe interpretarse el ejercicio de los derechos fundamentales y las garantías constitucionales; pues "son criterios de interpretación del ejercicio de los derechos, que lo limitan en el mismo momento de su ejercicio" [24] y se sustenta en el hecho de que un derecho "es de todos, y un uso abusivo del mismo puede dificultar la acción de otros para ejercer también el mismo derecho",[25] lesionando con ello el principio de igualdad.

---

[23] Esta posición se adscribe en parte a la tesis sostenida por el profesor Martínez-Pugalde (op. cit., pp. 41 y ss.).

[24] Peces Barba, op. cit., p. 605-606.

[25] Ibídem.

Jorge A. Marabotto Lugaro (Uruguay) *

Un derecho humano esencial: el acceso a la justicia

I. Antecedentes

Tanto en el ámbito de la docencia como en el de la magistratura —fundamentalmente cuando integramos el máximo órgano jurisdiccional de la República—, siempre ha sido tema de permanente inquietud el del acceso a la justicia: el derecho de toda persona a tener un ámbito en el cual hacer valer el derecho de que se crea asistida y de lograr la satisfacción de éste.

Si el Estado moderno ha proscrito la violencia y ha determinado la prohibición de que se haga justicia por la propia mano, corresponde que haya una amplia posibilidad de acceso a un órgano imparcial para dirimir los conflictos que las personas puedan tener. De otro modo, sería ilusoria esa tesitura de que la autotutela sea excepcional y quienes tengan una discrepancia, si no logran superarla —y no es cuestión que ataña a derechos indisponibles—, la deban dilucidar a través del proceso.

El proceso se convierte, entonces, como bien se ha dicho, en el "medio o instrumento, culturalmente el más avanzado para que, en subsidio de la invocada aplicación espontánea del Derecho, éste pueda, con efectividad y en la realidad concreta humano-social, funcionar adecuadamente".[1] Es decir, es el medio civilizado mediante el cual el Estado —a veces, excepcionalmente, un órgano privado cuando se dan las condiciones que establece la ley— da respuesta a la pregunta que le formulan las partes, estableciendo la vigencia del derecho aplicable en el caso y dándole la razón a aquel que la tiene.

---

* Ex presidente de la Suprema Corte de Justicia de Uruguay. Profesor de Derecho Procesal, Técnica Forense y Preparación a la Judicatura.

[1] Adolfo Gelsi Bidart, *Estudio del proceso. Iniciación*, t. 1, Universidad, Montevideo, p. 17.

Pero, insistimos, es fundamental que todas las personas puedan acceder a ese instrumento que es el proceso. Si no fuera así, si los obstáculos que se presentaran para ese acceso fueran importantes o, lo que es peor, determinantes para negarlo, se crearía una situación absolutamente negativa.

Si el Estado o la sociedad organizada ha monopolizado —en principio— el dilucidar las contiendas, debe hacerlo a cambio de darles a todas las personas la posibilidad cierta de poder acceder fácilmente a ese instrumento o medio a que aludimos. De ahí nuestra preocupación sobre el tema.[2]

Múltiples son los factores que afectan ese acceso o que lo traban, a veces de manera absoluta o que deviene con esas características. Y atento a la importancia que para la efectividad del derecho de las personas tiene un fácil acceso a la justicia, es que corresponde estudiar detenidamente la cuestión, para que tal derecho no se frustre.

II. Concepto de acceso a la justicia

1. Naturalmente, el concepto de *acceso* no ha sido siempre el mismo; ha variado conforme a las ideas imperantes en cada determinada época del desarrollo de la humanidad.

Y puede advertirse que existe una relación entre la evolución del concepto de *acción* y el sentido que tiene el proceso, por un lado, y el del propio acceso a la justicia, por el otro. Ello muestra una vez más la vinculación de las ideologías o las ideas filosóficas reinantes en una época y el propio concepto de proceso.

Conforme a una ideología liberal, propia de los estados burgueses posteriores a la Revolución Francesa, el derecho de acceso a la justicia o, más concretamente, a la jurisdicción se hallaba limitado, y de manera fundamental, al que formalmente tenían las personas.[3]

---

[2] En este sentido, integrando la Suprema Corte de Justicia, propusimos, y así se aprobó, que se otorgara competencia de urgencia en materia de familia a los juzgados de paz del interior de la república (ley nº 16.320, artículo 379); del mismo modo, se estableciera que los juzgados de paz fueran competentes en matera laboral, en aquellas ciudades, villas o pueblos que no fueran sede de juzgados letrados (ley nº 16.462, artículo 128); y que la incompetencia absoluta, fuera de la penal, debería ser planteada antes o durante el desarrollo de la audiencia preliminar, por cuanto "celebrada la misma, precluye toda posibilidad de plantearla y el órgano jurisdiccional continuará entendiendo en el asunto hasta su finalización, sin que ello cause nulidad absoluta" (ley nº 16.226, artículo 320). Posteriormente, la ley nº 17.514 asignó competencia de urgencia en materia de violencia doméstica a todos los jueces de paz, en el interior de la república, cualquiera sea su competencia (artículo 6).

[3] Mauro Cappelletti y Bryant Garth, *El acceso a la justicia*, Colegio de Abogados del Departamento Judicial de La Plata, 1983, p. 19.

Es obvio que, en ese estadio del desarrollo de la vida humana, la protección de los derechos naturales no necesitaba una expresa reglamentación estatal. No era cometido del Estado ni estaba entre sus deberes el auxiliar la "indigencia jurídica", es decir, preocuparse por la situación en que podían encontrarse muchas personas para valerse del Derecho y de sus instituciones. Sin duda, existía una igualdad, pero meramente formal.

Posteriormente, con el reconocimiento pleno del derecho de las personas, de todas las personas, en particular en cuanto concierne a los derechos *sociales*, se estimó —y se estima— que ese acceso debe ser real y no tan solo teórico.

Se trata de que la igualdad de las personas sea tangible y se concrete en los hechos. El Estado debe procurar que la brecha entre norma y realidad sea lo más pequeña posible, permitiendo un adecuado *acceso* a la justicia.

Si, como se ha dicho, el Estado ha monopolizado —como principio— el poder de solucionar los conflictos que se susciten entre las personas —cualquiera sea su naturaleza—, es claro que se tiene que permitir el fácil acceso de ellas a la jurisdicción. Cuando alguna persona cree que su derecho ha sido afectado, violado, amenazado o negado, es claro que tiene que tener la posibilidad cierta de que el Estado responda a su planteamiento y dé la solución prevista en el ordenamiento jurídico.[4]

2. Por ello, en esa evolución de la acción a que se ha aludido y que no corresponde ahora reiterar,[5] el gran aporte que hizo el máximo procesalista uruguayo fue el de vincular la acción con el derecho de petición. Es decir, darle un apoyo constitucional a esa situación jurídica de formular un planteamiento al Estado para que dirima el conflicto que separa a las partes o que aclare la duda a que se ven enfrentadas.

En este sentido, afirmó el maestro Couture:

> Una teoría que trate de explicar la naturaleza jurídica de la acción (el "qué es la acción") debe partir de la base necesaria de que cualquier súbdito tiene derecho a que el órgano jurisdiccional competente considere su pretensión expuesta con arreglo a las formas dadas por la ley procesal. Ese derecho es la porción mínima indiscutible de todo este fenómeno: el derecho a la prestación de la jurisdicción.[6]

Y agrega más adelante: "La acción civil no difiere, en su esencia, del derecho de petición ante la autoridad. Éste es el género; aquélla es una especie".[7] Posición que, igualmente, han postulado otros autores que estudiaron el tema.[8]

---

[4] Daniel E. Herrendorf y Germán J. Bidart Campos, *Principios de derechos humanos y garantías*, Ediar, p. 224.

[5] Véase Alfredo J. Di Iorio, *Lineamientos de la teoría de un derecho jurisdiccional*, Depalma, p. 63; Giuseppe Chiovenda, *Monografías Jurídicas*, nº 43, pp. 1 y ss.; Eduardo J. Couture, *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, Roque Depalma, Buenos Aires, p. 62; Osvaldo Alfredo Gozaíni, *Teoría General del Derecho Procesal*, p. 33.

[6] Couture, op. cit., p. 71.

[7] Ibídem, p. 77. Cf. además, del mismo autor, *Estudios de Derecho Procesal Civil*, t. I, Depalma, Buenos Aires, p. 34.

[8] Gozaíni, op. cit., p. 39; Augusto M. Morello, *La eficacia del proceso*, Hammurabí, Depalma, Buenos Aires, p. 133. Véase, además, Di Iorio, op. cit., p. 68.

3. No sólo se debe postular un acceso a la jurisdicción, sino que ese acceso debe ser *efectivo*. De nada valdría proclamar que las personas tienen acceso a la justicia, que ése es su derecho, si luego, en la realidad de los hechos, esa posibilidad resulta menguada o, claramente, se carece de ella. Las personas deben tener una verdadera y real posibilidad de acceder a la jurisdicción.

Como bien lo destaca el Tribunal Constitucional español:

> La tutela judicial ha de ser, por imperativo constitucional, "efectiva", y la medida en que lo sea o no ha de hallarse en la suficiencia de las potestades atribuidas por ley a los órganos del poder judicial para, efectivamente, salvaguardar los intereses o derechos cuya protección se demande.[9]

Es la tesis que, del mismo modo, ha sostenido la Corte de Constitucionalidad de Guatemala, que afirmó:

> Corresponde al amparo garantizar el acceso a tal jurisdicción [la ordinaria] y, en consecuencia, dejar sin efecto los actos que contravengan dicha garantía, pues compete a ésta la protección efectiva de los derechos fundamentales y la defensa del orden constitucional.[10]

Esto es, debe asegurarse una completa "igualdad de armas" y no una utópica igualdad formal desconocida en la vida real. Todo cuanto se haga para salvar los obstáculos que presenta la realidad debe ser valorado y a tal postura corresponde dar la máxima atención.

III. Análisis de la respectiva normativa

Por cierto, tal estudio puede hacerse desde un doble plano: tanto en lo interno como en lo internacional.

1. En lo interno, es claro que, partiendo de los conceptos vertidos por el gran procesalista uruguayo, la norma fundamental sobre el punto es aquella que consagra el derecho de petición, de la que la acción no es sino una especie. Y el derecho de petición tiene raigambre constitucional (artículo 30).

Es muy cierto que toda persona tiene el derecho de formular un reclamo ante la autoridad y, en el caso, ante la autoridad jurisdiccional, con la finalidad de hacer valer el derecho de que se crea asistida. En ese sentido, la acción aparece como una manifestación típica del derecho de petición.[11]

---

[9] STC 238/1992, FJ 3°, en Francisco Rubio Llorente, *Derechos fundamentales y principios constitucionales (Doctrina jurisprudencial)*, Ariel Derecho, p. 269.

[10] *Repertorio de jurisprudencia constitucional 1986-1991. Doctrinas y principios constitucionales*, Guatemala, Centro América, 1992, p. 207.

[11] Morello, op. cit., p. 123.

Es una modalidad nominada del derecho de petición, en tanto es la llave que permite acceder a la jurisdicción y, con ello, hacer que el proceso cumpla con su finalidad instrumental: el derecho de garantía o la garantía de la garantía.

Pero, además, y como desarrollo de ese derecho esencial, cabe recordar que en el nuevo ordenamiento procesal se establece: "Cualquier persona tiene derecho a acudir ante los tribunales, a plantear un problema jurídico concreto u oponerse a la solución reclamada […]".[12] Y más allá de las críticas que alguna de las expresiones utilizadas ha merecido a la doctrina,[13] resulta muy claro que consagra el derecho esencial de *acudir* o de acceder a la jurisdicción para formular una pretensión; uno, el derecho abstracto a reclamar la función jurisdiccional y, el otro, el reclamo concreto de aquello que se alega le pertenece o es suyo.

2. En el orden internacional, la Convención Americana sobre Derechos Humanos también estatuye: "Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter" (artículo 8).

Ese derecho a ser oído no es sino el derecho de acceder a un tribunal, de tener la posibilidad efectiva y cierta de que éste oiga su reclamación, de presentar su caso sin que importe, naturalmente, el propio resultado que debe recaer. El Estado, que regula la vida humana y dicta, por ello, reglas de carácter general, tiene que resolver los casos en que se suscita una controversia, hay una duda sobre el derecho de las partes, so pena de que la persona que se considere perjudicada recurra a la fuerza, la que le ha sido vedada.

De igual contenido es la norma consagrada en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 14). Incluso en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales se encuentra una norma similar (artículo 6).

Todo ello permite afirmar que es un derecho esencial. Por eso la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha dicho: "En consecuencia, el acceso a la jurisdicción por parte de la víctima de un delito, en los sistemas que lo autorizan como el argentino, deviene en un derecho fundamental del ciudadano y cobra particular importancia en tanto impulsor y dinamizador del proceso criminal", o también: "El derecho a un proceso judicial independiente e imparcial implica no sólo el derecho a tener ciertas garantías observadas en un procedimiento ya instituido; también incluye

---

[12] Código General del Proceso, artículo 11.1.

[13] Enrique E. Tarigo, *Lecciones de Derecho Procesal Civil. Según el nuevo Código*, t. I, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, p. 257.

el derecho a tener acceso a los tribunales, que puede ser decisivo para determinar los derechos de un individuo […]".[14]

3. En función de todo lo expuesto, creemos que el derecho de acción, que abre la posibilidad del ejercicio de la función jurisdiccional, es un derecho subjetivo público —en el caso de un sujeto público, es un poder-deber— que "constituye uno de los derechos humanos",[15] desde el momento que, por medio de ella, toda persona puede lograr que el Estado dé satisfacción a la pretensión, de cualquier naturaleza, que haga valer.

Por ello, es un derecho que se califica de *jus cogens*, entendiendo por tal aquellas normas que se denominan *taxativas* y que, por tal razón, "obligan en todo caso a los particulares, independientemente de su voluntad". Como señalaba Del Vecchio, según nos lo recuerda otro distinguido autor:

> Las normas taxativas (llamadas también *normae congenti* o *ius cogens*) son —a tenor de la doctrina corriente— aquellas que mandan o imperan independientemente de la voluntad de las partes, de manera que no es lícito derogarlas, ni absoluta, ni relativamente, en vista al fin determinado que las partes se propongan alcanzar; porque la obtención de este fin está cabalmente disciplinada por la norma misma. Se suele citar, a este propósito, la máxima: "*ius publicun privatorum pactis mutari nequit*" […].[16]

Del mismo modo, se pronuncia un gran jusfilósofo:

> Las normas taxativas son aquellas que mandan o imperan independientemente de la voluntad de los obligados, de modo que no es lícito derogarlas ni absolutamente ni relativamente, en vista al fin determinado que los sujetos se propongan alcanzar; porque la realización de ese fin está cabalmente disciplinada por la norma misma. Se suele decir en este contexto que las normas de interés público no pueden ser cambiadas por los pactos de los particulares.[17]

En esta misma línea se pronunció la Suprema Corte de Justicia, en sentencia que tuvimos el honor de redactar cuando integramos el máximo órgano jurisdiccional del país. En esa oportunidad se dijo:

> No puede desconocerse que el derecho a ser oído o tener "su día ante el tribunal" es de *jus cogens*. Es decir, integra ese derecho imperativo y necesario, superior a la voluntad de los Estados, el que no puede ser desconocido. Como lo ha definido Vatell, el *jus cogens* es un "… derecho necesario, del que no puede prescindirse y que no puede ser modificado voluntariamente, así como también invalida toda convención voluntaria contraria a sus prescripciones".[18]

---

[14] *Repertorio de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 1971 a 1995. Sistematizado y comentado por Oscar L. Fappiano y Carolina Loayza T.*, Ábaco, Buenos Aires, pp. 278 y 280.

[15] Dante Barrios De Angelis, *Teoría del proceso*, Buenos Aires, Depalma, p. 160.

[16] *Filosofía del Derecho*, 2ª ed. española, p. 437 (cit. en Eduardo García Maynez, *Introducción al estudio del Derecho*, Porrúa, p. 94).

[17] Luis Recasens Siches, *Introducción al estudio del Derecho*, Porrúa, p. 181.

[18] Sentencia nº I 135/91, C. Además, sentencia nº I 658/91 (cit. por Ernesto de la Guardia y Marcelo Delpech, *El Derecho de los Tratados y la Convención de Viena*, p. 65).

Lo recordamos, por otra parte, en anterior artículo.[19]

IV. Obstáculos de la realidad

Muchas son las situaciones que, en verdad, pueden frustrar o dificultar ese acceso a la jurisdicción. Ellas deben ser relevadas cuidadosamente, buscándose las mejores soluciones para superar esos obstáculos y facilitar, por ende, un *efectivo acceso*.

a. Las costas (y costos) del juicio. En general, los gastos del proceso pueden resultar una carga relevante y significar un límite infranqueable o de difícil superación. Como destacan los autores citados:

> La magnitud del costo es notable en el derecho norteamericano, que no obliga a la parte perdedora a abonar los honorarios del abogado al vencedor. Pero también la onerosidad constituye un obstáculo en los países donde se imponen las costas al vencido.[20]

b. La cuestión de los juicios de menor cuantía. Si bien el punto dice relación con los gastos del proceso, en este caso los problemas se acrecientan, dado que "si en ellos tienen competencia los tribunales letrados, el costo puede exceder del monto mismo del juicio, o absorber la mayor parte, haciendo prácticamente inútil la demanda".[21] Siempre hemos postulado la creación del Juzgado de Pequeñas Causas, porque es muy claro que muchas personas no tienen "capacidad de espera" y sus asuntos tienen que ser resueltos rápidamente para no hacer frustráneo el derecho alegado por la parte.

Precisamente por ello, procurando una solución favorable al acceso a la justicia, en su momento colaboramos en un proyecto que envió la Suprema Corte de Justicia, cuando la integrábamos.[22] Ese proyecto no ha sido siquiera tratado a pesar de que, sin duda, es un paso importante en el propio acceso a la justicia.

---

[19] Jorge A. Marabotto Lugaro, "Los derechos humanos en la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia en Uruguay", en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2000*, Fundación Konrad Adenauer-CIEDLA, p. 541.

[20] Cappelletti y Garth, op. cit., p. 25. El autor suscribió las sentencias nos 53/92 y 77/92, entre otras, de la Suprema Corte de Justicia, que declaró constitucional el impuesto a las ejecuciones, por entender que afecta al debido proceso.

[21] Ibídem, p. 27.

[22] En el pronunciamiento de la Suprema Corte de Justicia, por el que se dispuso aprobar el proyecto, se afirma: "[…] la resolución de ese asunto menor, en lo que dice relación con la cuantía económica, del que es normalmente interesada una persona con escasos recursos, no puede ser demorada. Pues ello significaría, en verdad, postergar una decisión que le es vital […]". Y la cuestión se vincula, además, no sólo con conflictos de escasa entidad económica, sino también con aquellos que "son propios de la convivencia en comunidad" (resolución nº 427/97 de 23 de diciembre de 1997). Véase, igualmente, Jorge A. Marabotto Lugaro, *Los medios alternativos de resolución de conflictos en el Uruguay*, inédito.

c. Ventajas personales de las partes. En torno a este rubro, podrían hacerse varias consideraciones diferentes, pero que se comprenden en el concepto general.

En lo que tiene que ver con la situación económica de las partes que están en condiciones de soportar la demora judicial, es indudable que el proceso debe durar un plazo "razonable". Así lo consagran normas internacionales y aun de orden interno.

Por otra parte, se debe tener la posibilidad de conocer el derecho y estar en condiciones de defenderlo en juicio. En este sentido, un problema puede derivar de la ignorancia de que se tiene un derecho, lo que en algunos procesos es contemplado por la legislación nacional. Precisamente, en los procesos agrario, laboral y demás de carácter social, se permite la modificación de la demanda, aun después de contestada, "cuando resulta, manifiestamente, que carencias de información o de asesoramiento han determinado omisiones en relación a derechos que asisten a la parte", si bien, claro está, en esos casos "el tribunal otorgará a la contraparte oportunidades para la adecuada contestación".[23]

Además, no es posible desconocer que la gente tiene limitados conocimientos acerca de cómo se demanda. Por este motivo, en el estudio varias veces citado se rescata la opinión de quienes afirman: "Más que el conocimiento de la accesibilidad, como requisito previo para solucionar el problema de la ignorancia del Derecho, es necesario darle a la gente la conciencia de los medios disponibles y cómo poder usarlos".[24]

V. Consecuencias del derecho a un acceso efectivo

Naturalmente, si se está en presencia de un derecho humano esencial, derivado de la dignidad de la persona, ello trae aparejadas una serie de consecuencias. Este aspecto debe ser valorado muy especialmente, pues no puede existir ninguna circunstancia que ponga en jaque la vigencia de un acceso efectivo.

a. Es inadmisible que se establezcan requisitos de orden procesal que enerven ese principio esencial. Como señala con acierto González Pérez: "Existen requisitos procesales que, en lugar de ser cauce racional para el acceso a la tutela judicial, constituyen serios obstáculos a ésta".[25]

---

[23] Código General del Proceso, artículo 350.3. Véase, además, del redactor, "Proceso laboral: principio de congruencia y derechos humanos", en *Revista Judicatura*, Publicación Oficial de la Asociación de Magistrados del Uruguay, nº 40, agosto de 1999, p. 43.

[24] B. Abel-Smith, M. Zander y R. Brooke, *Los problemas jurídicos del ciudadano*, p. 222 (cit. por Cappelletti y Garth, op. cit., p. 32. Véase, además, Jorge A. Marabotto Lugaro, "Justicia y educación, 1907-1997", *90 Aniversario de la Suprema Corte de Justicia*, pp. 1 y ss.

[25] Jesús González Pérez, *El derecho a la tutela jurisdiccional*, Civitas, p. 75. Vinculado con este tema, la Suprema Corte de Justicia, por sentencia nº 131/2000, que redactó el autor, declaró que la exigencia de acreditar el pago de los arrendamientos en el desalojo por mal pagador había sido derogada.

b. Ese requisito debe estar establecido en una norma con rango legal. No puede olvidarse que, como todo derecho, según la Carta Fundamental, no puede ser limitado "sino conforme a las leyes que se establecieren por razones de interés general" (artículo 7). Por ello, incluso, se consagró el principio fundamental de que "las leyes fijarán el orden y las formalidades de los juicios" (artículo 18).
c. Las normas respectivas deben ser interpretadas siempre en el sentido más favorable a la admisión de las pretensiones procesales. Sólo una inteligencia razonable y conforme a ese principio fundamental debe ser postulada y admitida.

Como advierte el autor citado: "El principio *pro actione* adquiere especial relieve al interpretar la normativa reguladora de los requisitos procesales", por lo que, "en consecuencia, se lesiona el derecho a la tutela judicial si no se apura la interpretación más favorable a la admisibilidad".[26]

d. No puede declararse la inadmisibilidad de una pretensión por defecto procesal, si éste es subsanable, sin dar la oportunidad de subsanación. El principio es el acceso a la justicia y sólo puede declararse la nulidad de las actuaciones cumplidas, en cuanto se ha privado a la persona del derecho de defensa. De ahí la consagración, por ejemplo, de los principios del finalismo y de conservación de los actos procesales.[27]
e. No se incluye en el Derecho uruguayo la protección jurisdiccional por el recurso de amparo, tal como lo postula su Tribunal Constitucional,[28] por cuanto no hay un recurso general para ser utilizado cuando se viola un derecho constitucional. Hemos sostenido que el sistema actual, con relación a la constitucionalidad o inconstitucionalidad de una norma,[29] es insuficiente, por lo que sugerimos, aunque sin profundizar en el tema, que debería existir, al menos, una causal de casación basada en la "violación de una norma constitucional" o de "derechos fundamentales".[30]

---

[26] González Pérez, op. cit., p. 80.

[27] Código General del Proceso, artículos 34.3, 112 y 239, entre otros.

[28] Cf. González Pérez, op. cit., p. 86 y jurisprudencia por él citada.

[29] Constitución, artículos 256 y ss. (inconstitucionalidad de una ley o decreto departamental con fuerza de ley en su jurisdicción); artículo 303 (impugnación de decretos de la Junta Departamental y resoluciones de los Intendentes, no susceptibles de ser impugnadas ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, son apelables ante la Cámara de Representantes, lo que supone una vía no jurisdiccional o, al menos, no judicial); artículo 313 (contiendas entre el Poder Ejecutivo, los Gobiernos Departamentales, los Entes Autónomos y los Servicios Descentralizados, y, también, las contiendas o diferencias entre uno y otro de estos órganos. Además, las contiendas o diferencias que se produzcan entre los miembros de las Juntas Departamentales, Directorios o Consejos de los Entes Autónomos o Servicios Descentralizados, fundadas en la Constitución, son competencia de la Suprema Corte de Justicia).

[30] Exposición en el Curso sobre Derechos Humanos, organizado por el Centro de Estudios Judiciales del Uruguay, en homenaje al Dr. Adolfo Gelsi Bidart, 1998, inédito.

Obviamente, el tema está vinculado a la creación de un Tribunal Constitucional o una Sala Constitucional dentro de la propia Suprema Corte de Justicia, dado que, en las actuales condiciones, no es posible instituir un recurso para tutelar derechos constitucionales presuntamente violados y con un procedimiento acorde con la propia materia involucrada. Pero, sin duda, la protección jurisdiccional del acceso a la misma, por una vía rápida y expedita, es más que necesaria.

VI. Manifestaciones del derecho a la jurisdicción

Como se ha expuesto, "lo que sin duda mayor seguridad jurídica y mejor posibilidad de protección nos proporciona es el poder acudir ante un tribunal del Poder Judicial cada vez que creemos que está afectado, violado, amenazado o negado algo que pretendemos razonablemente como un derecho personal".[31] Acceso a la justicia, como sinónimo de tribunal o juez, unipersonal o colegiado.

a. En ese sentido, deben existir tribunales en número suficiente y que sean de fácil acceso. Incluso, el nuevo ordenamiento procesal alude con esa finalidad a los "jueces itinerantes". Precisamente, "a los efectos de acercar las sedes de los tribunales a toda la población, evitando la exagerada concentración en las ciudades principales, se realizará la división territorial por zonas, en las cuales se instalarán periódicamente aquellas sedes".[32] Y ya aludimos a formas de descentralización.
b. Obviamente, debe darse un proceso que sea *el debido proceso*, justo o limpio,[33] que debe culminar en un plazo razonable,[34] con todas las exigencias que impone su concepto.
c. Y con todo lo que impone, además, que la sentencia —útil, eficaz y oportuna— esté debidamente motivada.[35]

VII. Acceso a la jurisdicción y medios alternativos

Es claro que, cuando existe un conflicto o un litigio, es posible que éste se pueda solucionar no sólo a través de la vía jurisdiccional, sino que se logre su eliminación por medio de los llamados "métodos alternativos de solución de conflictos". En verdad, estos métodos no son modernos, pues las sociedades antiguas los conocieron, aun antes que el proceso jurisdiccional, y ni siquiera son alternativos, desde que, justamente, son la solución de principio.

---

[31] Herrendorf y Bidart Campos, op. cit, p. 224.

[32] Código General del Proceso, artículo 22.1.

[33] Cf. Iñaki Esparza Leibar, J. M. Bosch Editor, pp. 67, 117 y 161; Arturo Hoyos, *El debido proceso*, Temis, p. 17, y Eduardo J. Couture, *Estudios de Derecho Procesal Civil*, t. I, Depalma, p. 50.

[34] Código General del Proceso, artículo 9.

[35] Cf. Piero Calamandrei, *Estudios sobre el proceso civil*, Bibliográfica Omeba, p. 588.

Como dijimos en alguna otra oportunidad:

> Se trata de la solución de principio y sigue al ser humano desde hace muchísimos años. Porque, a través de ellos, se procura y muchas veces se logra la paz social, la armonía entre la gente. Es la solución que postulan sociedades muy antiguas como la China, desde la época de Confucio —según lo destacamos—, en que tal finalidad se persigue con la mediación, o en la sociedad africana, para la que el proceso provoca un cierto horror y ve en la reconciliación una forma de que el litigio termine sin vencidos ni vencedores.[36]

No es el momento para profundizar. Digamos simplemente que se debe analizar desapasionadamente el tema, incluso el de la asistencia letrada, porque, como se decía en esa misma oportunidad:

> […] se vincula con el acceso a la justicia. Es imprescindible favorecer los mecanismos por los cuales [alguna] gente […] no llega a ellos por razones económicas. Incluso, por la muy sencilla razón de que la cuantía del asunto no justifica ninguna inversión (en gastos). [Por ello] creemos que se establece una falsa oposición entre mediación (sin asistencia letrada) y debido proceso (que la requiere, por definición). La verdadera contradicción —porque es una realidad diaria— es entre la mediación, realizada en esas condiciones, y el desconocimiento absoluto de ese derecho (el que no puede ejercerse jamás, en ningún ámbito, porque razones fundamentalmente económicas impiden el acceso a la justicia).[37]

VIII. Conclusión

Resulta claro que el acceso a la justicia es un derecho humano y, por lo tanto, esencial. Siempre y en todo caso se debe procurar el acceso a ella de la mayor parte, si no de todos los habitantes de un país y, además, procurar que la solución sea acordada en un tiempo razonable.

Como decía el maestro Couture: "Si el tiempo es oro, en términos de procedimiento es justicia".[38] Y sólo una justicia que lleva la tranquilidad a la gente en poco tiempo —el tiempo razonable de que hablan los pactos internacionales— y que tenga, igualmente, un rostro más humano, es la que pretendemos como consecuencia inevitable de la dignidad del ser humano, condición básica de todos sus derechos y garantías.

Ésta es, sin duda, la gran tarea del jurista.

---

[36] Exposición en el Centro de Estudios Judiciales, Programa de Cooperación en Materia Judicial, 1999, inédito.

[37] Ibídem. Además, véase Elena U. Highton, y Gladys S. Álvarez, *Mediación para resolver conflictos*; Zulema D. Wilde, y Lus. M.Gaibrois, *Qué es la mediación*; Trinidad Bernal Samper, *La mediación. Una solución a los conflictos de ruptura de pareja*; Jorge Henón Risso, *Manual de conciliación y mediación*, y Jorge A. Marabotto Lugaro, "La mediación en la República Popular China", en *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, nos 2-3, 1994, p. 157, y en *Jurisprudencia Argentina*, nº 5914, 4 de enero de 1995, p. 12.

[38] Eduardo J. Couture, *Proyecto de Código de Procedimiento Civil*, Montevideo, 1945, p. 37.

Miguel Julio Rodríguez Villafañe (Argentina)*

Derecho de la Información y el respeto a las garantías del debido proceso* *

Los derechos esenciales del hombre que tienen como fundamento los atributos de la persona humana no sólo deben reconocerse por los Estados, sino que deben ser garantizados por éstos en su eficacia concreta.

En ello, el llamado *debido proceso legal* constituye una conceptualización de un conjunto de garantías esenciales que tienen que asegurarse para una tutela adecuada de aspectos centrales de los derechos fundamentales de las personas que se deben proteger.

Repárese en que esta garantía es la que permite que el Estado, desde la ley y con los debidos recaudos previos, pueda adoptar decisiones válidas, que pueden afectar la libertad, el honor, los bienes y otros derechos de hombres y mujeres sometidos a pronunciamiento en actuaciones judiciales. El ámbito de tutela también es extensivo a las causas administrativas de naturaleza jurisdiccional.

Implica, en consecuencia, que el Estado debe regular por ley, bajo determinadas pautas,[1] el debido proceso y por tanto hacerlo sobre la base de formas y modos que

---

* Profesor de Derecho Constitucional, Derecho Municipal, y Derecho de la Comunicación y de la Información. Docente, consultor e investigador en el Instituto de Ciencias de la Administración de la Universidad Católica de Córdoba, Argentina. Vicepresidente de la Asociación Iberoamericana de Derecho de la Información y de la Comunicación (AIDIC). Director de la Sala de Derecho de la Información y de la Comunicación del Colegio de Abogados de Córdoba.

** Este trabajo fue presentado en el taller internacional sobre "Periodismo Judicial", organizado por la Universidad de Los Andes, la Fundación para la Libertad de Prensa y la Fundación Konrad Adenauer (KAS), que se realizó los días 21 y 22 de junio de 2002 en la ciudad de Bogotá.

[1] Entre las pautas mínimas que deben asegurar los Estados en lo que respecta a la garantías del debido proceso, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, conocida como Pacto de San José

amparen diversos aspectos que son propios de la defensa en juicio de los derechos y los que hacen al respeto de la persona, a la eficacia del accionar procesal, la prontitud de las resoluciones y aquellos que, en definitiva, permiten asegurar una solución justa en cada caso.

Además, desde esta garantía, se debe prevenir que lo que se establece legalmente se cumpla en los hechos, o sea, que el proceso debido normado de manera adecuada y previa, en su aplicación concreta, también se desarrolle como corresponde.

A su vez, debe entenderse que el debido proceso legal es una garantía que abarca las cuestiones suscitadas en causas de todos los órdenes, como las que se desarrollan en materia civil, laboral, comercial, penal, fiscal, aduanera o de cualquier otro carácter. Si bien es cierto que, por la naturaleza de los bienes jurídicos en juego y las consecuencias que acarrea, en las normativas básicas el tema se ha desarrollado más enfáticamente en lo que atañe al ámbito de lo penal,[2] su vigencia y exigibilidad, en lo pertinente, abarca, tal como se ha dicho, todos los procesos que se dan en otros campos del Derecho.

Hay que agregar también que esta garantía se tiene que respetar respecto de todas las partes interesadas en el proceso: imputado o víctima del delito; actor o demandado; parte, funcionario o magistrado judicial o ministerio fiscal; interesado directo, Estado o sociedad en general; todo ello desde el papel que les toque desempeñar o cumplir en el juicio, el interés en juego y en lo que resulte pertinente.

En esta perspectiva, es esencial señalar que en todo momento resulta de particular importancia contemplar el cumplimiento de aspectos básicos que hacen a la información, como parte del debido proceso. Por ejemplo, como se verá, es primordial para el imputado estar informado de lo que se lo acusa; que haya publicidad en el debate de su causa; entre otros perfiles de dicho derecho. Por su parte, y en el ejercicio del derecho a informarse, además, existe un interés genuino de la sociedad de estar informada de la utilización y respeto de la garantía del debido proceso legal y de las resoluciones y sentencias que se derivan de su cumplimiento.

Para lo último, y en la necesidad de asegurar a las personas ese ángulo del derecho humano a conocer sobre lo que sucede en las causas judiciales, los periodistas y los

---

de Costa Rica, ha fijado diversas condiciones que deben respetarse, resumidas, especialmente, en lo dispuesto bajo los títulos de Derecho a la integridad Personal (artículo 5), Derecho a la Libertad Personal (artículo 7), Garantías Judiciales (artículo 8), Principio de Legalidad y de Retroactividad (artículo 9) y Protección Judicial (artículo 25).

[2] "En materias que conciernen con la determinación del o los derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter el artículo 8 [de la Convención Americana sobre Derechos Humanos] especifica garantías mínimas, como lo hace en el numeral 2 al referirse a materias penales. Sin embargo, el concepto de debidas garantías se aplica también a esos órdenes y, por ende, en ese tipo de materias el individuo tiene derecho también al debido proceso que se aplica en materia penal" (Corte Interamericana de Derechos Humanos, opinión consultiva [en adelante OC] 11/90, de fecha 10 de agosto de 1990).

medios de difusión ejercen la representación implícita de la comunidad.[3] Eso los habilita para conocer e informar sobre los procesos judiciales y su desenvolvimiento. Pero esa función de ayudar a brindar ese bien social debe resguardar los requisitos propios de cada etapa de las causas, la oportunidad, la naturaleza del juicio, el tipo de implicado y los demás aspectos a contemplar, a los efectos de asegurar la búsqueda de la verdad y la justicia, desde una conjugación armónica de todos los derechos a tutelar.

I. Educar en el debido proceso legal

A los efectos de poder comprender la dinámica del conjunto de garantías que conforman el llamado debido proceso normativo, es necesario educar y educarse en la lógica que lo justifica. En ello hay que tener en claro que dicho proceso, con sus modos, formas y tiempos, no puede implicar nunca una pena en sí mismo o una manera de eludir o diferir responsabilidades ante la ley. Cualquier desviación que implique estos últimos supuestos evidentemente desnaturaliza su esencia.

En consecuencia, desde la visión adecuada de la tutela es primordial tener en cuenta que, en cualquier juicio, siempre debe existir un proceso, que éste tiene que estar establecido por una norma anterior y que, en función de ello, hay una obligación de acatar tiempos, etapas, formas y modos que hagan al respeto adecuado de la garantía que se brinda, al servicio de los derechos implicados en la cuestión. Sólo ello hará válida cualquier resolución que implique decidir sobre derechos de los hombres, sometidos a ámbitos con potestades jurisdiccionales.

Sin embargo, estos aspectos, que aparecen lógicos y fundamentales, no siempre son entendidos en su alcance y justificación por la sociedad.[4]

A su vez, los medios desarrollan pautas en la manera como encaran la temática, que en muchas ocasiones generan en los lectores o audiencias radiales o televisivas modalidades que no ayudan a cimentar la vigencia efectiva del debido proceso. Dichas pautas son las que imprescindiblemente tienen que compatibilizarse entre la Justicia y los medios, para educar y ayudar a que se vuelva efectiva, en su vigencia, dicha garantía.

II. Un problema de lenguaje

Uno de los perfiles que aparece en esta problemática, resultante de la cultura propia de la llamada sociedad de la información, es la necesidad de encontrar cami-

---

[3] Véase artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

[4] "Frecuentemente, los conceptos de *garantismo y celeridad, garantismo y sanción debida, bien individual y bien común*, etc., se presentan como si fuesen términos opuestos de una cuerda en la que dos grupos tiran con fuerzas contrarias", Aída R. Kemelmajer de Carlucci, "Primera aproximación al tema Prensa y Justicia", *Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires*, segunda época, año XLIII, nº 36, 1998, p. 227.

nos que concilien la manera de hacer conocer la información de los procesos judiciales sin que en ello se desnaturalice la esencia de los lenguajes que portan los contenidos.

Esto sucede porque los juicios, y en general la actividad del Poder Judicial, se desarrollan particularmente de forma escrita, en menor medida de manera oral, es difícil que sean icónicos y lo que se comunica de manera gestual, por lo general, no tiene valor respecto de lo sustantivo de los asuntos que se tratan.

En cambio, la lógica comunicacional —en especial la que impone la televisión— da mayor importancia a la imagen, luego a lo gestual y oral, y salvo los medios gráficos y en alguna medida Internet, es muy poco lo que se maneja de manera escrita.[5]

Por lo tanto, cuesta hacer comprender de manera accesible y visual pasos, momentos de procesos y conceptos e ideas jurídicos. A ello que hay que sumar que los pronunciamientos judiciales son escritos y razonados, y en su extensión y presentación no siempre resulta fácil volcarlos para la noticia que los informadores buscan dar a conocer, con sentido general, de manera rápida y resumida.

En este aspecto, es de importancia pensar en la complementación de los medios, para que los periódicos no pierdan su gran papel de ayudantes del pensamiento profundo y crítico, desde lo escrito, junto a la palabra en la radio y en la televisión. Además, es preciso agudizar la técnica para que la imagen, en especial la televisiva, refuerce las ideas, evitando diluirlas. Las nuevas modalidades comunicacionales deben asegurar un lugar informativo y formativo que permita trasmitir más genuinamente los conceptos propios del funcionamiento procesal y sustancial del Derecho.

También el esfuerzo debe hacerse en el Poder Judicial, para permitir que sus actos, en la medida de lo posible y sin perder las esencias, colaboren a una mejor comprensión de los fundamentos de éstos, teniendo presente la existencia de nuevas exigencias para trasmitir socialmente la información.

III. Un problema de formas

Por su parte, la realidad muestra que la cultura mediática está en contra de las formas y por ende de las solemnidades, mientras que las pautas procesales tienen mucho contenido de formas y en ocasiones requieren solemnidades. El proceso mismo se desarrolla como una secuencia de formas, y entre los actos que se llevan a cabo, por ejemplo, hay también formas solemnes: los testigos juran solemnemente, el juez ingresa solemnemente, las sentencias se leen solemnemente, etc.

---

[5] "Nos encontramos en plena y rapidísima revolución multimedia. Un proceso que tiene numerosas ramificaciones (Internet, ordenadores personales, ciberespacio) y que, sin embargo, se caracteriza por un común denominador: *tele-ver*, y como consecuencia, nuestro *video-vivir* […] el video está transformando al *homo sapiens*, producto de la cultura escrita, en *homo videns*, para el cual la palabra está destronada por la imagen" (Giovanni Sartori, *Homo videns. La sociedad teledirigida*, Taurus, Buenos Aires, 1998, p. 11.

Las formas dan seguridad jurídica a los actos y las solemnidades tienen que ver, además, con la manera de exteriorizar, con más énfasis, el respeto a las personas sometidas al proceso, a los derechos que deben dirimirse respecto de ellas y a la trascendente función estatal de administrar justicia. Pero en las formas, a su vez, es importante rescatar los principios que motivan los actos y evitar que los pasos procesales se queden en formalismos insustanciales.

Los medios, por su parte, tendrán que evitar, entonces, ridiculizar las formas del proceso, para que no se desnaturalice la comprensión de su justificación y se pierda el peso de garantía que él implica; mas a su vez deberán estar atentos de cuidar que las formas no tapen las esencias de las cuestiones sobre las que hay interés social en que se analicen y diriman ante el derecho.

Así la información educará y permitirá controlar a la vez.

IV. Un problema de lógicas

También el debido proceso necesita que las resoluciones que se adopten en él sean razonadas, lógicas y debidamente fundamentadas, mientras que los medios de difusión tienden a evitar los planteos complejos. Al decir de Esteban Rodríguez, "se propone al interlocutor la comprensión intuitiva antes que la argumentativa […] Antes que la razón meditada, la elocuencia temperamental".[6] Muchas veces se prefiere lo sentimental a lo lógico, lo anecdótico a lo central.

Evidentemente, todo esto no ayuda a fortificar el andamiaje básico del debido proceso legal y deben encontrarse caminos que permitan respetar y conocer las modalidades de la garantía.

El periodismo tiene que evitar la tentación de reducir todo a modos que, en definitiva, si bien pueden ser efectistas con las audiencias, no educan, no forman ni informan a la sociedad.

V. El tiempo, el proceso y los medios

La concepción y las pautas de tiempo en el proceso y su visión desde los medios es uno de los aspectos centrales a contemplar en el análisis de la cuestión.

Es evidente que el proceso existe para dar ropaje en civilización a la administración de justicia, y es importante que cada paso que se dé para la definición de las situaciones llegue adecuadamente a las partes y a la sociedad, en el menor tiempo posible, evitando desgastes institucionales innecesarios. Pero no siempre las modalidades judiciales coinciden con las necesidades de los medios de difusión en lo que hace a contenidos, modos, tiempos e intensidades.

---

[6] Esteban Rodríguez, *Justicia mediática. La administración de justicia en los medios masivos de comunicación. Las formas del espectáculo*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2000, p. 429.

VI. El derecho al plazo razonable y la razonabilidad temporal, desde el proceso y desde lo mediático

Asiste razón a la conocida frase que dice que la justicia lenta no es justicia, pero es cierto también que una premura que no garantiza la defensa y otros aspectos propios del debido proceso legal puede llevar a injusticias y a graves violaciones de garantías y derechos.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos se cuida entonces de no fijar plazos estrictos, pero los exige razonables, tanto para ser oído por un juez o tribunal competente, como para preparar la defensa, ser juzgado o permanecer detenido sin sentencia.[7]

Por ello, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido que, para determinar lo razonable de los tiempos, "comparte el criterio de la Corte Europea de Derechos Humanos, la cual ha analizado en varios fallos el concepto de plazo razonable y ha dicho que se deben tomar en cuenta tres elementos para determinar la razonabilidad del plazo en el cual se desarrolla el proceso: a) la complejidad del asunto, b) la actividad procesal del interesado y c) la conducta de las autoridades judiciales".[8]

Dentro de lo razonable se encuentran comprendidos los plazos o términos concretos que, en el proceso, las normas de forma estipulan para cada etapa o para que las medidas que se adopten en él o los actos realizados o a realizarse se consideren efectuados en tiempo propio.

En contraste, lo que las modalidades de los medios requiere no necesariamente conduce al respeto o a la búsqueda de la misma razonabilidad de tiempos que indica la garantía del debido proceso.

Los medios, por modalidad, trabajan a alta velocidad y tratan de imprimirle a todo lo que manejan la misma impronta, lo que ayuda en ocasiones a empujar soluciones que no pueden demorarse o, por el contrario, pueden tentarse a no respetar tiempos imprescindibles para administrar correctamente la justicia, en el caso concreto.

Los contrastes de concepción en lo temporal entre lo mediático y lo jurídico se agudizan por la cultura del momento. Hoy se busca intensidad y velocidad en el planteo de los hechos y en su resolución, y por esa lógica se propician soluciones que, desarrolladas por la prensa, pueden afectar derechos a tutelar en un proceso judicial, entre ellos el principio de inocencia o el honor de las personas. Los tiempos necesa-

---

[7] Véanse artículos 7, incisos 5 y 8, 8 inciso *c*, 25 y concordantes de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

[8] Corte Interamericana de Derechos Humanos, casos *Genie Lacayo*, sentencia del 29 de enero de 1997, § 77, y *Suárez Rosero*, sentencia del 12 de noviembre de 1997, § 72.

rios para desentrañar la verdad y sus modos respetuosos de las garantías individuales no necesariamente coinciden con las urgencias del "rating" radial o televisivo o con el índice de ventas de diarios o revistas.[9]

Incluso ciertos tiempos y necesidades de información son inversamente proporcionales entre lo periodístico y lo judicial, en algunas etapas. Es así, por ejemplo, que cuando sucede un hecho de trascendencia que genera estrépito público comienza la ola de la información, que tiene una gran avidez de nuevos datos, mas ese momento coincide muchas veces con el estado de secreto de sumario en la causa. En dicho estado procesal, por lo general, la Justicia debe ser muy parca y escueta en las referencias que proporciona, para no obstaculizar la investigación y la producción de prueba válida de importancia. Ello no implica que los medios no puedan informar sobre el asunto, pero es importante que tengan en claro la razón de la actitud judicial y no la trasmitan como un capricho de los jueces.

VII. Cantidad de información sobre los procesos

Por otro lado, la premura y urgencias de los medios a fin de tener cantidad de información sobre un tema para volcarla sin medida opera a veces agravando los delitos o la corrupción que se desean combatir.

No es que deba haber una medida para la cantidad de información, pero ello se debe tratar de hacer sin abrumar y aturdir en el tema y con constancia en el tiempo.

Hoy se puede sostener que la repetición de verdades en sobreabundancia produce un cansancio social que luego se transforma en apatía y olvido de la cuestión. El exceso de datos sobre un hecho y su tratamiento intenso y reiterado suelen colmar las necesidades de búsqueda de justicia de la sociedad y agotan su interés en el fugaz tiempo mediático. Todo ello después genera mayor dosis de impunidad.

Los grandes delincuentes saben entonces que deben soportar el embate de la ola noticiosa que instala el tema, pero que una vez pasada ésta y colmada la apetencia primera de conocimiento sobre la situación, tal vez nadie se acordará del problema y su causa duerma sin resolverse o se lo sobresea por prescripción. La somnolencia de la conciencia colectiva es lo que hay que evitar, con un periodismo comprometido y vigilante en su papel de hacer conocer y recordar, para evitar impunidades desde el silencio.

---

[9] Véase Miguel Julio Rodríguez Villafañe, "Periodismo e información judicial en Argentina", *Contribuciones* (publicación trimestral de la Fundación Konrad Adenauer [KAS] y el Centro Interdisciplinario de Estudios sobre el Desarrollo Latinoamericano [CIEDLA], Buenos Aires), año XVIII, nº 2, abril-junio de 2001, pp. 69-70. En ese artículo trato algunos de los temas del presente estudio, amplío otros y analizo perspectivas complementarias, en especial desde el Derecho Interno de la República Argentina.

VIII. Información oportuna para ayudar en el proceso

Es necesario también que los periodistas reserven y no difundan por un tiempo ciertas noticias, si es que eso fuera preciso para permitir el accionar adecuado de la Justicia. Ello suele suceder cuando la prensa toma conocimiento de hechos delictivos conjuntamente con el juez o antes que él. En estas situaciones es de una gran riqueza para el sistema que la prensa se coordine con los tribunales. No se trata de ocultar información ni de perder la primicia, sino de optimizar la tarea de lograr justicia desde el Derecho, cuya responsabilidad es conjunta, tanto del ámbito judicial como del informativo. Repárese, a manera de ejemplo, en lo inútil que puede resultar el allanamiento a un determinado lugar ordenado por un juez, en una investigación penal, si los medios de difusión hubieran hecho conocer con antelación que se iba a realizar dicha medida procesal.

Asimismo, y desde esta perspectiva, si mediante una investigación periodística se toma conocimiento de un delito, como primer paso se debe hacer conocer el tema a la Justicia o al ministerio fiscal. Esto se debe a que la modalidad de pasar la situación previamente por los medios no permite muchas veces el accionar oportuno de los fiscales o jueces, puede arruinar la prueba y, más que informar, se puede terminar siendo funcional a la impunidad.

IX. No discriminación e igualdad ante la ley

La no discriminación ocupa un lugar central en la garantía que debe darse a todos hombres y mujeres, para tener la certeza de un juicio justo que dirima sus derechos.[10] Además, este concepto se complementa, necesariamente, con la obligación de asegurar igualdad ante la ley.[11]

---

[10] El artículo 1.1 de la Convención Americana determina que los Estados parte tienen la obligación de respetar los derechos reconocidos en ella y "garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social".

[11] "En función del reconocimiento de la igualdad ante la ley se prohíbe todo tratamiento discriminatorio de origen legal. De este modo la prohibición de discriminación, ampliamente contenida en el artículo 1.1 respecto de los derechos y garantías estipulados por la Convención, se extiende al derecho interno de los Estados Partes, de tal manera que es posible concluir que, con base en esas disposiciones (artículos 1.1 y 24), éstos se han comprometido, en virtud de la Convención, a no introducir en su ordenamiento jurídico regulaciones discriminatorias referentes a la protección de la ley" (Corte Interamericana de Derechos Humanos, "Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización", OC 04/84, § 54). Véase también artículo 24 de la Convención.

Mas lo cierto es que, en este tema, no cabe quedarse sólo en el análisis de la expresión formal de la ley, pues en los hechos existen limitaciones y discriminaciones que deben corregirse, bajo pena de permitir que se consumen. Por eso la Corte Interamericana ha dicho:

> Para alcanzar sus objetivos, el proceso debe reconocer y resolver los factores de desigualdad real de quienes son llevados ante la justicia. Es así como se atiende el principio de igualdad ante la ley y los tribunales, […] y a la correlativa prohibición de discriminación. La presencia de condiciones de desigualdad real obliga a adoptar medidas de compensación que contribuyan a reducir o eliminar los obstáculos y deficiencias que impidan o reduzcan la defensa eficaz de los propios intereses. Si no existieran esos medios de compensación, ampliamente reconocidos en diversas vertientes del procedimiento, difícilmente se podría decir que quienes se encuentran en condiciones de desventaja disfrutan de un verdadero acceso a la justicia y se benefician de un debido proceso legal en condiciones de igualdad con quienes no afrontan esas desventajas.[12]

Superar la discriminación que opera en los hechos no sólo es responsabilidad del Estado, sino que hay que evitar que a través de posturas mediáticas se estereotipen desigualdades discriminantes que luego tienen consecuencias procesales negativas gravísimas. Una de las más dolorosas e inaceptables es la postura que lleva a identificar la pobreza, y por ende a los pobres, como representación de la delincuencia. Los pobres y su injusta asimilación los vuelve más vulnerables y ello aumenta el pecado social respecto de esos sectores, que aparecen soltados de la mano de la comunidad. Esto se evidencia cuando los medios tienden a identificar, con presunción de culpabilidad, a los menesterosos imputados, en especial si se trata de un delito contra la propiedad. Se muestra la foto, se lo pone como personaje peligroso y se lo responsabiliza asertivamente, antes de que concluya el proceso en su contra.[13]

Como contrapartida de la desigualdad antes referida, los delitos llamados *de guante blanco* no siempre son explicados en su complejidad y magnitud por los medios de difusión. Es común a su vez que, por ejemplo, ante defraudaciones bancarias, la noticia no aparezca en la sección policial sino en la sección económica, con una imagen de la institución en la que se produjo el hecho pero sin foto del sospechoso. Todo esto puede llevar a confundir la conciencia social y a que la comunidad tenga la sensación de que es más peligroso el ladrón furtivo de una bicicleta o un televisor que un banquero defraudador que se queda con los ahorros de miles de personas.

Desde otro ángulo, la difusión por los medios de las causas penales y su seguimiento hasta la conclusión final no suele ser igual si se trata de situaciones que atañen a ciertos sectores con poder —político, económico o social.

---

[12] Corte Interamericana de Derechos Humanos, "El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal", OC 16/99, del 01 de octubre de 1999, § 119.

[13] Miguel Julio Rodríguez Villafañe, "La pobreza no es sinónimo de delincuencia", publicado en los diarios *La Voz del Interior*, Córdoba, 14/11/1996, y *La Unión*, Catamarca, 23/11/1996.

X. Tribunal competente, independiente e imparcial

Otra garantía esencial del debido proceso legal es la que requiere que a todas las personas se les asegure, para su causa o proceso, un juez que sea competente, independiente e imparcial.[14]

Es así que el concepto del juez natural es un aspecto central, porque ello implica la necesidad de que se respete el doble alcance que esto conlleva: que sólo un juez competente será el que dirimirá la situación y que la competencia del tribunal estará establecida previamente por ley.

Por su parte, el concepto de independencia alude a la necesidad de que los magistrados no tengan dependencias de otros poderes políticos del Estado, ni de otros órganos o instancias judiciales, ni de otro tipo de organizaciones, al tiempo de resolver. Su única dependencia debe ser de la ley y el objetivo de desentrañar la verdad para llegar a la justicia.

A su vez, el tribunal imparcial es la garantía de que el juez no tenga *pre-juicios*, porque será quien emitirá el *juicio*. Además, garantizará que no haya intereses personales en juego y que actuará con objetividad al adoptar resoluciones en la causa.

> En consecuencia, la imparcialidad de los tribunales implica que las instancias que conozcan cualquier clase de proceso no deben tener opiniones anticipadas sobre la forma en que los conducirán, el resultado de los mismos, compromisos con alguna de las partes, etc. Asimismo, esta garantía obliga al magistrado a no dejarse influenciar por el contenido de las noticias o las reacciones del público sobre sus actuaciones, por información diferente a la que aparece en el proceso, ni por influencias, alicientes, presiones, amenazas o intromisiones indebidas de cualquier sector.[15]

Por su parte, los medios deben evitar la tentación de ejercer la función de informar generando condicionamientos o presiones que no respeten la lógica del debido proceso. La prensa debe ayudar a urgir los trámites judiciales y exigir respuestas por las demoras que pudiera detectar en las causas, pero con lealtad al sistema que implica el Estado de Derecho.

Por ello, que haya jueces que no actúen a la altura de sus responsabilidades no autoriza a generar un escepticismo en la sociedad sobre el necesario papel que cumple

---

[14] "Toda persona sujeta a juicio de cualquier naturaleza ante un órgano del Estado deberá contar con la garantía de que dicho órgano sea competente, independiente e imparcial" (Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Tribunal Constitucional*, sentencia del 31 de enero del 2001, § 77).

[15] En esta temática véase el importante trabajo "El Debido Proceso en las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (análisis del artículo 8º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)", documento de trabajo de la Comisión Andina de Juristas, elaborado por Luis Alberto Huerta Guerrero, investigador de la institución, con la colaboración de Luis Enrique Aguilar Cardoso. Se puede encontrar completo en la Red de Información Judicial Andina, <www.cajpe.org.pe/rij>.

el Poder Judicial. Ante situaciones de demoras o ineficiencias de la Justicia, es importante que los medios no propicien o ayuden a fomentar, generalizadamente, escepticismos desalentadores o conductas en la población que incentiven a no creer en la Justicia como método civilizado de dirimir las cuestiones y avalar directa o indirectamente la aplicación de justicia por mano propia.

Tampoco se debe propiciar o incentivar presiones en los procesos desde la desesperación. Si bien se puede comprender la situación de muchas personas que, en aras de encontrar la justicia que buscan en sus causas, amenazan con suicidarse o se cosen la boca en la cárcel o se encadenan a los Tribunales, esos gritos de desesperación deben ser disuadidos, colaborando en el logro de la justicia anhelada, aunque se trate de actitudes que generan audiencia o *rating* a quienes las difunden o justifican.

Tampoco la prensa puede transformarse en tribunal de justicia. Es bueno que la sociedad confíe en sus periodistas, pero éstos no deben sobredimensionarse, al punto tal que pretendan convertirse en jueces, por encima de los jueces. En su actividad informativa sobre asuntos judiciales, muchos hombres de prensa realizan actos semejantes a los del proceso mismo: investigan y producen pruebas, formulan conclusiones en sus noticias, dentro de una modalidad que se transforma en una verdadera justicia paralela que, en algunas ocasiones, puede afectar sustancialmente los derechos de los involucrados en los procesos. Ello es negativo, desorienta y conduce a verdaderos curanderismos jurídicos que difícilmente podrán lograr que la sociedad supere la injusticia. Además, atenta contra la garantía del juez natural.[16]

Los periodistas deben tener siempre en cuenta que es importante que ayuden a lograr justicia y que en ello pueden y deben colaborar con los tribunales, pero eso no los transforma en jueces.

A su vez, la utilización de la valiosa herramienta que es el secreto profesional periodístico, que permite guardar el secreto de la fuente de la que se obtiene la información, si bien ayuda a aportar elementos en los temas de discusión judicial, no puede llevar al facilismo de trasmitir a la sociedad una sensación de eficacia para dilucidar las cuestiones jurídicas superior a la que deben atenerse los jueces, dentro de la garantía del debido proceso legal.

Repárese en que los magistrados, para justificar sus decisiones, no pueden apelar a fuentes secretas. La validez constitucional de un fallo depende de que esté correctamente basado en ley y tenga una evaluación razonada de los elementos probatorios concretos acreditados en el juicio, bajo pena de nulidad. Todo esto, evidentemente y para bien de las garantías de los ciudadanos, evita que se condene sin prueba; pero eso insume más tiempo y a veces no permite castigar a todos los sospechosos a los

---

[16] Véanse el artículo 8 inciso 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el artículo XXVI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, y el artículo 14 inciso 1º del Pacto Internacional de derechos Civiles y Políticos.

que el periodismo pudo sindicar como supuestos autores, fundándose en fuentes reservadas, sin tanta necesidad de rendir cuentas de aspectos que sí es obligatorio y fundamental que respete el juez, en aras del debido proceso legal que debe garantizar.

En definitiva, hay que denunciar y atacar la delincuencia de todo tipo, pero educando sobre que es un avance en civilización el someterse a magistrados que, desde la ley, busquen la verdad. De lo contrario, se instalan dos sensaciones o actitudes negativas en democracia: o la parálisis de impotencia ante la corrupción o la barbarie de la venganza social sin jueces.

XI. La presunción de inocencia

La Convención Americana determina también que "toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad".[17] Este importante principio es constante en todas las legislaciones internacionales en la temática.[18]

Por eso, bien ha dicho la Corte Interamericana de Derechos Humanos que consideró violatorio al principio de inocencia el haber presentado a una persona ante los medios de difusión "vestido con un traje infamante, como autor del delito de traición a la patria, cuando aún no había sido legalmente procesado ni condenado".[19]

Este instituto es, además, el que justifica las figuras de la eximición de prisión o de la excarcelación, que gozan de poca comprensión mediática y, por ende, social. Repárese en que el principio de inocencia, como se ha dicho, es básico y opera otorgando la libertad de los procesados mientras se sustancia la causa y se determina la culpabilidad, si es que, por la naturaleza de la cuestión que se investiga, los antecedentes del imputado y demás consideraciones legales, cabe otorgarle el beneficio de no ser detenido preventivamente.

---

[17] "[…] subyace el propósito de las garantías judiciales, al afirmar la idea de que una persona es inocente hasta que su culpabilidad sea demostrada" (Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Suárez Rosero*, sentencia del 12 de noviembre de 1997, § 77).

[18] El artículo XXVI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre determina: "Se presume que todo acusado es inocente, hasta que se pruebe que es culpable. Toda persona acusada de delito tiene derecho a ser oída en forma imparcial y pública […]". El artículo 8 inciso 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos dice: "Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras que no se establezca legalmente su culpabilidad". El artículo 14 inciso 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos expresa: "Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras que no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley". Y el artículo 11 § 1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos establece: "Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público".

[19] Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Cantoral Benavides*, sentencia del 18 de agosto del 2000, § 119.

Pero ello es visto muchas veces por la sociedad, como un fracaso represivo del delito. Se suele sostener que la Justicia es ineficaz porque, debido a la aplicación de dichas garantías, los delincuentes entran por una puerta y salen por otra, lo que genera sensaciones de impunidad e inseguridad.

No es justo que la comunidad se sienta desprotegida por una norma de protección de garantías que son esenciales. De allí que resulta importantísimo esclarecerlo, para que el logro de civilización que implican estos institutos procesales no termine desvalorizado e incomprendido.

En este principio también se asienta la garantía de la razonabilidad del tiempo de detención preventiva.[20]

A su vez, la presunción de inocencia es la que exige que una persona pueda ser condenada sólo cuando exista prueba plena de su responsabilidad en las causas criminales. Por ello, cuando la prueba es incompleta o insuficiente, opera la duda a favor del reo, porque es preferible tener varios culpables sueltos que un solo inocente en prisión. Así la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido:

> El principio de la presunción de inocencia, tal y como se desprende del artículo 8.2 de la Convención, exige que una persona no pueda ser condenada mientras no exista prueba plena de su responsabilidad penal. Si obra contra ella prueba incompleta o insuficiente, no es procedente condenarla, sino absolverla.[21]

XII. La prueba deber ser obtenida por medios legales

Por su parte, y dado que la prueba es la que permite romper el principio de inocencia, para que ella sirva debe ser obtenida por métodos legales. Es inaceptable la tortura o la coacción para lograr información o confesiones.[22]

Ha sucedido también que la prensa, en el afán de tener primicias, ha obtenido por métodos ilegítimos pruebas que en sí mismas habrían permitido incriminar, pero, al no haberse respetado las formas que garantizan que hayan elementos probatorios válidos en el proceso, cumpliendo las formas necesarias para ello, quedan descalificadas para el caso.

---

[20] Véase artículo 7 inciso 5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

[21] Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Cantoral Benavides*, sentencia del 18 de agosto del 2000, § 120.

[22] "Los límites constitucionales a la adquisición de la prueba son básicamente dos: a) La garantía o la prohibición de la coacción para lograr del imputado datos que le son desfavorables y que importa la facultad de abstenerse de declarar y la voluntariedad de la declaración. b) La protección de la intimidad (domicilio, comunicaciones, papeles privados)". Fernando Díaz Cantón, "Exclusión de la prueba obtenida por medios ilícitos. El principio de inocencia y la adquisición de la prueba", *Nueva Doctrina Penal-del Puerto*, libro III, Buenos Aires, 1999, p. 334.

También hay que garantizar que los testigos, peritos y otros intervinientes en el juicio actúen con la espontaneidad que se compadezca con la tranquilidad de decir la verdad y no estén sometidos a otras presiones que condicionen sus dichos, ya que ello vuelve nula su intervención.[23]

A esto hay que sumar el derecho del inculpado a la comunicación previa y detallada de la acusación que se le formula, para poder contradecir y ejercer el control de las pruebas y participar con pleno conocimiento en todas las etapas de la causa.[24]

Además, tendrá que poder contar con asistencia letrada y medios y tiempo, como ya se ha dicho, para ofrecer su propia prueba y descargo.[25]

XIII. Los medios de difusión y el principio de inocencia

Cabe agregar que el valioso principio de inocencia muchas veces no es respetado por la prensa, debido a la modalidad con que manejan las noticias judiciales.

Por lo general, la ola informativa que se arma sobre un caso judicial de trascendencia pública tiene intensidades variables y no dura mucho, razón por la cual la prensa necesita que el desarrollo noticioso del juicio tenga conclusión en plazos cortos.[26] Y en este razonamiento, a los medios les cuesta asegurar el principio de inocencia.

---

[23] La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha llegado a sostener que se viola el artículo 8.1 de la Convención si se meritan los testimonios de quienes evidenciaron temor cuando declararon, manifestado ello en "la reticencia de los testigos presenciales a testificar ante el entonces Juez de la causa" (caso *Paniagua Morales*, sentencia del 8 de marzo de 1998, § 150 y 155).

[24] Véase el artículo 8 inciso 2.b de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

[25] La Corte Interamericana de Derechos Humanos interpretó que Perú, Estado demandado, no había respetado el debido proceso y violó el artículo 8.2.c de la Convención porque, en un procedimiento excepcional de naturaleza penal, se prohibió al imputado "contradecir las pruebas y ejercer el control de las mismas"; así se impidió a su defensa que pudiera "intervenir con pleno conocimiento en todas las etapas del proceso" (caso *Loayza Tamayo*, sentencia del 17 de septiembre de 1997, § 62).

[26] Como ha sostenido la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, Argentina, con sede en la Ciudad de La Plata, "la tendencia actual de los 'mass media' es llegar inmediatamente a un público ansioso por conocer cada detalle de los sucesos que ocurrieron hace apenas momentos con interpretaciones necesariamente signadas por la provisoriedad. Todo lo que aparece en los periódicos es incontrovertiblemente precario, aunque con la peligrosa impronta de su impacto estigmatizante […] La primera versión de la historia es la que brindan los periodistas, o en rigor, los diarios en que ellos vuelcan sus expresiones. Esa es la explicación que signará en buena medida la apreciación prospectiva del informado […] La despiadada competencia comercial que marca la presencia de otros medios de comunicación de masas, fundamentalmente la televisión y la siempre vigente radiofonía y obviamente de los diversos voceros de la prensa escrita, requieren un difícil equilibrio que tiene que conjugar celeridad, oportunidad, control de las fuentes y otro muy gravitante factor que es la medida del impacto público o sensacionalismo que representa la noticia, entre otras consideraciones […] La actividad periodística aparece desenvuelta dentro de un contexto particularísimo en el que la posibilidad de solicitar y obtener de cada fuente consultada una garantía de veracidad aparece cada vez más remota. En la mecánica de la 'primicia' —aquella información que se tiene con prelación a cualquier otro medio periodístico, en muchos casos con absoluta exclusividad—, el tiempo perentorio, la premura con que se

Tampoco se suele informar haciendo comprender la garantía que tienen los sospechados de la abstención de contestar respecto de lo que se les imputa, porque nadie está obligado a declarar contra sí mismo. Sin embargo, es común que, en la difusión de la noticia, se deje la sensación de que el que calla otorga. Y si bien la abstención de declarar no puede usarse en contra del acusado, en la opinión de la gente se termina interpretando que, si éste no habla, ello implica un reconocimiento tácito de culpabilidad.[27]

Por su parte, la prensa a veces busca y necesita presuntos culpables, más que un inocente cuya su culpabilidad haya que demostrar, luego de un proceso que lleva tiempo y en el que deba respetarse la garantía de defensa, entre otros aspectos del debido proceso legal. Esto se debe a que la lógica del espectáculo requiere una trama con claros papeles de malo o bueno y, de ser posible, una pronta resolución que cierre el problema, dado que, si la dilucidación de la cuestión demora demasiado, la audiencia se cansa y pasa a otra noticia.

Muchos medios no distinguen que el interés público de la información no es igual al interés del público. En esta mentalidad y modalidad propia de la filosofía posmodernista, bañada de relativismo, se ataca la verdad, que ha dejado de ser un valor central, por lo que la lógica mediática dice que no es necesario pensar en inocentes si la gente quiere culpables.[28] Y ante la duda sobre la posibilidad de culpabilizar tempranamente a un inocente, la cuestión la resuelven los medios dejando que trabaje la Justicia, porque ellos, para cuando se aclare la situación, estarán con otra causa y en el mejor de los casos harán constar la novedad, pero sin autocrítica, si es que culpabilizaron a un inocente.[29] .

---

publique, resultan aspectos sustanciales que hacen a su utilidad, relevancia y posibilidad de consumo. Lo que es noticia no ya hoy, sino ahora, puede dejar de serlo apenas instantes después" (sentencia del 11/05/1999, en el caso *Spacarstel, Néstor Alberto c/ El Día SAICF s/ Daño moral*).

[27] Derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo, ni a declararse culpable y a declarar sin coacción de naturaleza alguna (artículos 8.2.g y 8.3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos).

[28] La Corte Suprema de Justicia de la Argentina resaltó esta costumbre negativa de los medios de difusión cuando sostuvo: "[…] si —más allá de si el cable de una agencia noticiosa puede ser equiparado a fuente de información— el diario reprodujo en forma asertiva y como título de la noticia lo que en el texto del cable fue difundido —en modo potencial— como declaraciones del demandante, tal afirmación constituye una clara imputación delictiva, propia del periódico, que no ha sido demostrada". Causa *Espinosa, Pedro Francisco c/ Herrera de Noble, Ernestina y otros (Super Pibe)*, sentencia de fecha 27/10/94, fallo 317.

[29] "Erigiendo en norma de juicio el prejuicio —afirma Escrivá de Balaguer—, ofenderán a cualquiera antes de oír razones. Luego, *obviamente, bondadosamente*, quizás concederán al injuriado la posibilidad de defenderse contra toda moral y derecho, porque, en lugar de cargar ellos con la prueba de la supuesta falta, *conceden* al inocente *el privilegio* de la demostración de su inocencia". Carlos Soria, *Derecho a la información y derecho a la honra*, ATE, Barcelona, 1981, p. 40.

XIV. El principio de publicidad del proceso judicial

Debe dejarse en claro que, si bien el principio general es el de la publicidad de los actos procesales, la obligatoriedad de hacer conocer las resoluciones o sentencias que se adopten —y esto aun con algunas limitaciones en determinadas circunstancias— no significa que la prensa tenga acceso irrestricto a expedientes, pruebas, audiencias y a todo acto procesal. El principio de publicidad del proceso no es absoluto y acepta matices diferentes y excepciones, en aras de la defensa de otros intereses que la Justicia debe cuidar.

De allí es que, al referirnos a causas judiciales y al conocimiento que sobre ellas cabe dar, se abre un panorama amplio y con particularidades. A los fines de brindar información o permitir el acceso hay diferencias de momentos, etapas, tipos de actos judiciales, materia de que se trata, fuero en el que tramita, jurisdicción que corresponde y demás aspectos que deben contemplarse. No es lo mismo el grado de publicidad requerido para las sentencias que para otras actuaciones judiciales como el diligenciamiento de pruebas, las audiencias, el acceso al expediente, etc. Además, tampoco es igual la publicidad en un proceso penal cuando se ha decretado el secreto del sumario que la que se da en la audiencia de debate de la causa.

Ahora bien, es indudable que la publicidad de los procesos es algo central para la garantía efectiva de las partes. Ello evita el secreto como pauta, permite que la ciudadanía conozca el funcionamiento del Poder Judicial y educa en forma ejemplarizante sobre las consecuencias de respetar o no respetar la ley.

A su vez, dado el hecho de que el principio de publicidad no es absoluto, hay que armonizarlo también con otros derechos fundamentales de las personas, como son el honor, la intimidad, la vida privada y la imagen, entre otros, o con la obligación de la preservación de la identidad de los menores, el cuidado de no dar nombres y domicilios respecto de testigos protegidos, etc.

Por su parte, resulta paradójico que, si bien históricamente se buscó consagrar la publicidad de los procesos penales para garantizar el principio de inocencia y evitar arbitrariedades del poder de turno,[30] ahora, en muchos casos, los medios de difusión que acceden a los juicios y les dan publicidad no necesariamente despiertan en los inculpados la sensación de protección de sus derechos que dicha publicidad debe implicar.

---

[30] "La Corte considera probado que los procesos militares de civiles supuestamente incursos en delitos de traición a la patria son desarrollados por jueces y fiscales 'sin rostro' y conllevan una serie de restricciones que los hacen violatorios del debido proceso legal. En efecto, se realizaron en un recinto militar, al que no tiene acceso el público. En esta circunstancia de secreto y aislamiento tuvieron lugar todas las diligencias del proceso, entre ellas la audiencia misma. Evidentemente, no se observó el derecho a la publicidad del proceso, consagrado por la Convención". Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Castillo Petruzzi*, sentencia del 30 de mayo de 1999, § 172.

Mientras tanto, si la temperatura mediática que se ha puesto en un tema es demasiado alta, se llegan a construir cárceles virtuales, en las que los sospechados de un accionar delictivo quedan recluidos y aislados de la sociedad con más firmeza que en las cárceles de encausados propiamente dichas. Se producen de esa manera injusticias tremendas a personas que, sin que se haya desvirtuado su presunción de inocencia, no pueden desarrollar una actividad normal en su comunidad, y la condena se traslada incluso a todo el núcleo familiar y allegados del imputado.[31]

En definitiva, es preciso que el periodismo aprenda a aceptar que existen límites morales y legales para la información.

En todo momento, para la difusión de cualquier noticia, se tiene que analizar su interés social por sobre los objetivos comerciales o personales del periodista.

Por otra parte, la prensa debe aceptar que pueden existir razones de moral, orden público y seguridad que justifiquen reticencia en la información que brinda, por ejemplo, el Poder Judicial, y que si los datos vedados se obtuvieran de otra fuente, no siempre pueden hacerse conocer, si con ello no se respetan las razones que tuvo en cuenta el tribunal para restringir algunos aspectos de la noticia. No les resulta fácil a los medios de difusión tolerar límites legales para su tarea.

De la misma manera, muchos tribunales no son permeables a la necesidad de informar como un deber de su función, lo que también es inaceptable y viola el principio de publicidad que hace a la defensa del imputado y al control republicano de la función judicial.

Finalmente, es importante hacer conocer las sentencias que se dicten en los casos sometidos a la Justicia, y buscar informar sobre ellas de la manera más comprensible posible, sin que dichos pronunciamientos pierdan la esencia que los justifica. En esto último, nuevos medios de difusión, como Internet, han permitido que muchos medios gráficos, radiales o televisivos incluyan en sus páginas web no sólo la noticia, sino que agreguen allí un *link* que permite acceder al fallo completo y bajarlo a la computadora del interesado, para un análisis integral de dicha resolución sin intermediaciones.

Por todo lo expresado, sólo respetando y educándonos en la defensa del debido proceso, entre otros aspectos propios de las garantías de los derechos humanos, se puede avanzar en civilización. De lo contrario, la barbarie se disfraza de facilismo e inconstancia ante derechos y garantías, lo que ha conducido históricamente a retrocesos en la dignidad del hombre y a las más crueles tiranías.

---

[31] De esta manera no sólo se viola gravemente el principio de inocencia sino que, en los casos en los que resulte condenado el acusado, se contraría incluso lo dispuesto por el artículo 5 inciso 3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que determina que “la pena no puede trascender de la persona del delincuente”.

Agustín Ruiz Robledo (España) *

Divagaciones sobre el Defensor del Pueblo Andaluz **

Para Jorge Riezu,
que tantos buenos consejos me ha dado
para divagar felizmente por la vida.

I. Introducción

El objetivo de este trabajo no es otro que el de hacer un rápido repaso a los problemas jurídicos más relevantes del Defensor del Pueblo Andaluz (DPA), de tal forma que no pretendo exponer aquí una visión sistemática de la regulación del DPA, sino que me detendré únicamente en los puntos que considero polémicos y conflictivos. Al obrar así, sé que se me puede aplicar la durísima crítica de Julius Hermann von Kirchmann en su conocido panfleto *La jurisprudencia no es ciencia*: "los juristas se han convertido en gusanos que sólo viven de la madera podrida; desviándose de la sana, establecen su nido en la enferma", pero me parece que si el jurista debe realizar una función expositora de la legislación también puede adoptar una posición crítica, de censura, como muy bien decía Bentham: "Al *expositor* corresponde explicarnos lo que la ley *es*, tal como la entiende; al *censor*, indicarnos lo que él cree que *debe ser*. Por eso, el primero se ocupa, principalmente, de determinar o inquirir los hechos; el segundo, de discutir las *razones*".

---

* Profesor titular de Derecho Constitucional Universidad de Granada. Director del Gabinete de Análisis del Parlamento de Andalucía.

** Una primera versión de este trabajo la expuse en las Jornadas "XX Años Estatuto de Autonomía", organizadas por el Consejo Consultivo de Andalucía el 26 de mayo de 2001. Las atinadas observaciones que en ellas me hicieron, entre otros, los profesores Elisa Pérez Vera, Francisco López Menudo, Juan Cano, Gregorio Cámara y Francisco Balaguer han servido para enriquecer este texto.

II. La posición del Defensor en el sistema de garantías de los derechos fundamentales

En el mundo académico en el que nos movemos hay una tendencia, casi diría una norma consuetudinaria, que consiste en justificar la elección de un objeto de estudio basándose en dos motivos un tanto contradictorios: el primero es la importancia del tema elegido para una determinada disciplina y, después y sorprendentemente, la falta de trabajos sobre ese tema tan importante. Pues bien, me temo que en este caso concreto no puedo alegar ninguna de esas dos razones para estudiar el Defensor del Pueblo. En cuanto a los trabajos previos, hay un buen número de ellos, de factura excelente, que prácticamente han agotado el estudio del artículo 46 del Estatuto de Autonomía y su legislación de desarrollo, entre los que destacan los de los profesores Juan José Ruiz-Rico, Juan Cano y Carlos Girón. Pero, además, tampoco se puede decir que se trate de una institución central en nuestro sistema político. Debo señalar esta obviedad, que todos conocemos, porque a veces se lee y se escuchan algunas afirmaciones completamente exageradas sobre el papel del Defensor; y como muestra basta recordar algunas de las cosas que se dijeron en el Parlamento andaluz para justificar su creación. Así, por ejemplo, argumentaba el portavoz del Grupo centrista:

> Ese continuo desamparo del ciudadano ante un Estado cada vez más poderoso, los derechos de ese individuo o de ese ciudadano inerme siempre ante una Administración cada vez más burocratizada y con el cartelito permanente de 'vuelva usted mañana', la perplejidad del hombre ante la bella cúpula de libertades formales que jamás llega a traducir en algo tangible y práctico, unido a la organización del Estado de las autonomías, con unos Parlamentos y unos Consejos de Gobierno que funcionan, hacían necesario el nacimiento de una institución como la del Defensor del Pueblo [...].

Me parece, sinceramente, que se magnifica —o mejor: se distorsiona— el papel del Defensor haciendo depender de su existencia la materialización de los derechos fundamentales, pues es más que evidente que éstos no dejarían de estar protegidos si dejara de existir el Defensor del Pueblo. La principal garantía de los derechos de los ciudadanos es de tipo normativo, su reconocimiento en la Constitución y su desarrollo legislativo, que se complementa instrumentalmente, primero, con la división de poderes y después con un sistema eficaz de defensa jurisdiccional para reclamar su cumplimiento. Sólo después de los Tribunales, como un instrumento complementario, se incardinan los defensores. Basta recurrir a la fría estadística para comprobar la diferencia: 4.525 quejas presentadas el año pasado, el 2000, ante el Defensor del Pueblo Andaluz son —usando una vieja palabra castellana— nonada en relación con los treinta mil asuntos que ingresaron en los tribunales contenciosos de Andalucía, por no hablar de los pleitos laborales y civiles contra los poderes públicos (cuadro 1). Si ponemos esas 4.525 quejas en relación con la población, veremos que se presentó una queja por cada 1.622 habitantes o, dicho en términos porcentuales, las quejas del 2000 alcanzaron un escuálido 0,0616% de la población de Andalucía. Para años anteriores se obtienen resultados similares, tal y como se demuestra echando un vistazo al cuadro 2.

Al negar a la institución del Defensor del Pueblo Andaluz un carácter esencial para definir un sistema político y al considerar que hay otras técnicas más eficaces y habituales para defender los derechos fundamentales de los andaluces —y por extensión de todas las personas— no hay en mi ánimo ni la más remota intención de considerar que se trata de una institución superflua o innecesaria; simplemente pretendo situarla correctamente en el entramado institucional andaluz. Es más, creo que al obrar así lo que se hace es reforzar su papel evitando, como veremos más adelante, reclamarle funciones y tareas que en ningún caso le corresponden y que, al no poder realizarlas, acaban desprestigiándolo y considerándolo una institución ineficaz, pues ya decía Aristóteles que *el esfuerzo inútil produce melancolía*.

Un simple vistazo al Derecho comparado nos convencerá de que el Defensor del Pueblo, siendo una institución secundaria, no es por ello intrascendente. Así, el Instituto Internacional del Ombudsman, en el que desde 1978 se agrupan este tipo de instituciones públicas, tiene contabilizados en el año 2001 nada menos que 110 Ombudsmans[1] en el ámbito nacional, cifra que quintuplica a los 21 Estados que lo tenían a principios de la década de 1980. En el ámbito subestatal, hay censados en estos momentos otros 210. No cabe duda que el "Justitieombudsman" inventado por la Constitución sueca de 1809 ha tenido éxito y, tras pasar inadvertido más de un siglo, en los últimos años se extiende por todo el mundo a gran velocidad, confirmando así lo que Häberle ha llamado el paradigma mundial del desarrollo gradual del Derecho Constitucional. Nada tengo contra esta "ombudsmanía"; antes al contrario, me parece que responde a la más profunda lógica del constitucionalismo, que no es otra que la convicción de que, cuantos más instrumentos se creen para controlar el poder, mejor, porque el poder político, cuando actúa libremente, tiende al despotismo, según la proverbial frase de lord Acton: "El poder corrompe y el poder absoluto corrompe absolutamente".

III. La naturaleza jurídica del Defensor

El primer punto conflictivo sobre la institución del Defensor del Pueblo Andaluz lo tenemos, siguiendo una secular tradición, nada más que al dar el primer paso de cualquier análisis jurídico: determinar cuál sea su naturaleza. Tanto al estudiar al Defensor del Pueblo estatal como al andaluz, la mayoría de los autores señalan que se trata de una institución cuyo rasgo distintivo es la independencia con la que ejerce sus

---

[1] Formo el plural de *Ombudsman* añadiendole una *s*, tal y como recomienda la Academia para las palabras extranjeras. El Instituto Internacional del Ombudsman prefiere mantener la palabra invariada y usa *Ombdsman* tanto para el singular como el plural. Por su parte, Víctor Fairén Guillén prefiere el plural sueco: "Actividades recientes de algunos Ombudsmännen (incluido el Defensor del Pueblo)", *REDA*, nº 46, abril-junio 1985, pp. 227-253.

funciones, a pesar de ser definido como un "comisionado" del Parlamento. Sin embargo, el profesor Ruiz Rico, el maestro de muchos de nosotros, puso en segundo lugar estos rasgos para señalar que la dicotomía que había que resolver en relación con la naturaleza de los Defensores en nuestro bloque de la constitucionalidad era otra: el dilema no era saber si el rasgo relevante es el de ser comisionado del poder legislativo o el de ejercer sus funciones con autonomía porque, digamos una cosa u otra, las implicaciones prácticas son nulas: nadie afirmará nunca que el Defensor puede recibir instrucciones, tal y como por lo demás prohíbe categóricamente el artículo 6 de la Ley del DPA: "El Defensor del Pueblo Andaluz no estará sujeto a mandato imperativo alguno. No recibirá instrucciones de ninguna autoridad. Desempeñará sus funciones con autonomía y según su criterio". Por el contrario, lo que hay que averiguar es si su naturaleza jurídica es más la de un defensor de los derechos fundamentales o bien la de un supervisor de la Administración. Esta contraposición sí que tiene efectos prácticos inmediatos: si su naturaleza es la de un controlador, entonces sus funciones y el ejercicio de sus funciones serán tasados, si por el contrario su naturaleza es la de un defensor de los derechos fundamentales, entonces podrá realizar cuantas tareas estime conveniente para defender estos derechos.

Como muy bien señalaba el propio Ruiz-Rico, del tenor literal de la Constitución parece desprenderse esta segunda idea sobre su naturaleza, pues la situación topográfica del Defensor en el título I y la redacción del artículo 54 no lo constreñía exclusivamente a controlar la Administración: "Una ley orgánica regulará la institución del Defensor del Pueblo, como alto comisionado de las Cortes Generales, designado por éstas para la defensa de los derechos comprendidos en este título, a cuyo efecto podrá supervisar la actividad de la Administración, dando cuenta a las Cortes Generales". Es más, el artículo 162 legitima al Defensor para interponer los recursos de inconstitucionalidad y de amparo. Sin embargo, tanto la ley orgánica 3/1981, del Defensor del Pueblo, como la ley 9/1983 del Defensor del Pueblo Andaluz relacionan extensamente las competencias respectivas de ambos Comisionados, pero no establecen cláusulas abiertas que les permitan tareas no especificadas expresamente en defensa de los derechos fundamentales; no hay —según la aquilatada expresión norteamericana— unos *poderes implícitos*, tal y como sucede con otras instituciones, empezando por el propio Gobierno de la Nación, al que el artículo 97 de la Constitución le atribuye "dirigir la política interior y exterior, la Administración civil y militar y la defensa del Estado".

Ahora bien, la configuración del DPA como una institución con unas facultades tasadas (que, dicho sea de paso, es la regla normal del Estado de Derecho: los poderes públicos sólo pueden realizar las actividades que expresamente les autorizan las leyes; los particulares, todas aquellas que no les están expresamente prohibidas) en la práctica no ha sido tal, sobre todo a partir de que el Parlamento de Andalucía eligiera el 16 de julio de 1996 a José Chamizo de la Rubia como nuevo Defensor por 99 a favor, 2 en blanco y ninguno en contra. En efecto, el *cura Chamizo* no se ha limitado

a ejercer las funciones expresamente reguladas en la ley, sino que ha realizado todas aquellas actividades que ha considerado oportunas para la defensa de los derechos fundamentales. Lo ha hecho utilizando diversas vías, comenzando por una febril actividad pública que lo ha llevado a recorrer toda Andalucía en una interminable rueda de conferencias, declaraciones, entrevistas con alcaldes y autoridades para mediar en conflictos sociales, etc. Un vistazo a su "agenda" semanal en su página web revela la intensidad de su compromiso y otro a las "noticias de prensa relativas al Defensor" de esa misma página muestra la atención que suscita en los medios de comunicación social.

Pero, además de esas vías de hecho, el actual Defensor del Pueblo ha sabido encontrar una vía institucional para extender sus funciones más allá de las facultades expresamente recogidas en su ley reguladora. Lo ha hecho mediante los "informes especiales" que no aparecen expresamente recogidos en el título III dedicado a las resoluciones, donde únicamente se regulan los informes anuales y los informes extraordinarios. En otros artículos de la ley aparecen referencias a estos informes especiales con una misión muy concreta, la de señalar con nombres y apellidos a los funcionarios que no presten la debida colaboración con el Defensor:

> La negativa o negligencia del funcionario o de sus superiores responsables, al envío del informe inicial solicitado, podrá ser considerada por el Defensor del Pueblo como hostil y entorpecedora de sus funciones, haciéndola pública de inmediato y destacando tal calificación en su Informe anual o especial, en su caso, al Parlamento de Andalucía.[2]

Pues bien, ya el primer Defensor, Manuel Conde-Pumpido Ferreiro, hizo una interpretación extensiva del contenido de los "informes especiales", de tal forma que no los usó para transmitir al Parlamento de Andalucía los nombres de los funcionarios o autoridades que entorpecieran su función, sino para informar de problemas sociales, como el estado sanitario de las playas andaluzas, la situación de las listas de espera de prótesis de cadera y la calidad residencial de los centros hospitalarios. Este Defensor acudió a esta figura en contadas ocasiones (seis) en los más de diez años que ocupó el cargo, desde el día 28 de noviembre de 1984 hasta el 25 de enero de 1995,

---

[2] Artículo 18.2 LDPA. En términos muy similares vuelve a establecer la misma previsión para el caso de los funcionarios que obstaculicen la labor de investigación (artículo 23) y para los que, sin razón, no sigan sus recomendaciones (artículo 29.2). El texto para ambos casos es idéntico: "Si formuladas sus recomendaciones, dentro de un plazo razonable, no se produce una medida adecuada, en tal sentido, por la autoridad administrativa afectada o ésta no informa al Defensor del Pueblo Andaluz de las razones que estime para no adoptarlas, el Defensor del Pueblo podrá poner en conocimiento del Consejero afectado, o de la máxima autoridad de la Administración afectada, los antecedentes del caso y las recomendaciones presentadas. Si tampoco obtuviera una justificación adecuada, incluirá tal caso en su Informe anual o especial mencionando expresamente los nombres de las autoridades o funcionarios que hayan adoptado tal actitud, entre los asuntos en que, considerando el Defensor del Pueblo Andaluz que era posible una solución positiva, ésta no se ha conseguido".

además de un informe presentado en julio de 1995 por el entonces Defensor en funciones. El segundo Defensor ha tenido otra actitud y en los cinco años que lleva desempeñando el cargo ha presentado nada menos que 28 informes especiales al Parlamento de Andalucía, en los que ha tratado todo tipo de temas: desde las bibliotecas públicas municipales hasta el alojamiento y la vivienda de los trabajadores inmigrantes. Así, nos encontramos con la paradoja de que en los quince años de actividad el Defensor del Pueblo ha presentado 35 informes especiales por sólo 11 ordinarios y ninguno extraordinario. La actitud del Parlamento ante estos informes, comenzando por la Mesa, que tiene la obligación de calificar los escritos, ha sido la de la máxima receptividad y todos se han tramitado de acuerdo con el artículo 177.4 del Reglamento, sin que se haya discutido si su contenido se adecuaba al que le fija la ley 9/1983 o lo excedía.

Por todo este funcionamiento cotidiano del Defensor, que va más allá del tenor de la letra de la ley, hay que concluir, si queremos que la teoría tenga un mínimo de concordancia con la realidad y no mantenernos en el "cielo de los conceptos" que Ihering tan mordazmente criticara, que Ruiz-Rico acertó al señalar que su naturaleza es la de un garante de los derechos del título I, lo que le permite un plus de actuación más allá de las funciones expresas en la ley, empezando por la que el propio Defensor ha considerado como su primera función —creo que recojo sus palabras literales—, que no es otra que la de "impulsar la actividad de los parlamentarios para que centren su atención en los problemas de los ciudadanos".

IV. El estatuto jurídico del Defensor

1. La ley 9/1983 fija detalladamente el estatuto jurídico del Defensor, que se complementa con varias disposiciones de la ley estatal 36/1985, de 6 de noviembre, reguladora de las relaciones entre la institución del Defensor del Pueblo y las figuras similares en las distintas Comunidades Autónomas, que trae causa de una proposición de ley de los Parlamentos catalán, andaluz y aragonés. El artículo 2 de la LDPA establece en su artículo 2 el procedimiento por el que el Parlamento de Andalucía elige a este "Comisionado del Parlamento", que se desglosa en dos pasos: La Comisión de Gobierno Interior y Derechos Humanos propone por mayoría simple al Pleno de la Cámara "el candidato o candidatos a Defensor del Pueblo Andaluz" para que, posteriormente, el Pleno lo elija por un quórum de 3/5 de los diputados, 66 de los 109. La práctica parlamentaria de las cuatro ocasiones en las que el Parlamento ha elegido Defensor[3] ha demostrado que la Comisión sólo propone un único candidato, pactado

[3] Los días y los resultados de estas cuatro elecciones fueron:
1) 28 noviembre de 1984, Manuel Conde-Pumpido Ferreiro. Votos: 85 a favor, 1 en contra, 1 blanco.
2) 17 enero de 1990, Manuel Conde-Pumpido Ferreiro. Votos: 70 a favor, 15 en blanco, 7 nulos.
3) 16 julio de 1996, José Chamizo de la Rubia. Votos: 99 a favor, 2 en blanco.
4) 28 noviembre de 2001, José Chamizo de la Rubia. Votos: 96 a favor, 4 en blanco, 1 nulo.

previamente entre los diversos grupos, lo que origina que éste no tenga dificultad en el Pleno para superar cómodamente el quórum; si bien encontrar un nombre de consenso a veces puede ser muy complicado, como ocurrió cuando el 25 de enero de 1995 se cumplió el mandato de Conde-Pumpido y el Pleno no sólo no pudo nombrar a su sucesor en el plazo de un mes que establece el artículo 5.3 de la ley, sino que no logró un acuerdo sobre la persona que debía ocupar esta magistratura hasta el 16 julio de 1996, una vez que el nuevo clima de la V Legislatura permitió una colaboración imposible en la tormentosa IV Legislatura (la de la "pinza" entre el Partido Popular e Izquierda Unida contra el Gobierno socialista).

Señalemos aquí que el 24 de junio de 1996 compareció por vez primera un candidato a Defensor, José Chamizo, ante esta Comisión de Gobierno Interior para exponer su currículum y someterse a las preguntas de los diputados, iniciando así una práctica que luego se ha reiterado con todos los candidatos a instituciones de exclusiva composición por miembros nombrados por el Parlamento (como el Defensor, sus Adjuntos, la Cámara de Cuentas, etc.), aunque no consta expresamente ni en el Reglamento ni en ninguna resolución del Presidente. Cinco años después de la introducción de esta práctica podemos considerar que se trata de una verdadera costumbre parlamentaria que especifica la forma en que el artículo 174 del Reglamento del Parlamento regula la elección del Defensor.

2. El artículo 2 de la ley 3/1983 fija el mandato del DPA en cinco años; el mismo plazo que establece la ley orgánica 3/1981 en relación con el Defensor del Pueblo. Este periodo le ha parecido a la gran mayoría de la doctrina un acierto, pues sirve para reforzar su garantía dado que es superior al plazo de cuatro años que, según el artículo 26.2 del estatuto, dura la legislatura andaluza. Personalmente, me parece que el plazo es acertado porque le permite a la persona elegida un horizonte temporal lo suficientemente amplio como para organizar su trabajo y desarrollar todas las potencialidades del Defensor. Ahora bien, no termino de compartir la idea de que ese plazo de cinco años sea una garantía de su independencia demasiado efectiva, porque me parece que la diferencia entre la duración de su mandato y el de la legislatura es demasiado pequeña. Para que el periodo de ejercicio de un cargo público sea un factor que opere en beneficio de la independencia de su titular tiene que ser un tiempo mucho más largo. Compárese, por ejemplo, con el nombramiento indefinido del Magistrado "autonómico" del Tribunal Superior y el de los Magistrados del Tribunal Supremo, o el nombramiento por nueve años, con prohibición de reelección, para los del Constitucional. Nótese, además, que la ley 3/1983 no prohíbe la reelección del DPA. Como el Defensor es un comisionado del Parlamento, me parece que habría sido más lógico que la duración de su mandato viniera a coincidir con el de la Legislatura, tal y como les sucede a otros muchos Ombudsmans, comenzando por el Defensor Europeo, que es elegido al principio de cada legislatura europea. Pero en fin, como esta legislatura europea dura cinco años, sin que pueda ser disuelta, podemos quedarnos con la comparación entre el DPA y el Defensor del Pueblo Europeo en el aspecto que nos interesa:

la duración de los mandatos de ambos defensores es de cinco años. Desde luego, si en 1983 era una buena idea disociar la duración del mandato del DPA de la duración de la legislatura, hoy día es mucho mejor porque la ley 1/1986, de 2 de enero, le atribuyó al Presidente de la Junta la posibilidad de disolver la Cámara Legislativa.

3. El único requisito que exige la ley orgánica 3/1981 para ser Defensor del Pueblo es ser español mayor de edad y encontrarse "en el pleno disfrute de sus derechos civiles y políticos" (artículo 3). Las distintas leyes de los Defensores autonómicos han traspasado el requisito de ser español a sus respectivos ordenamientos, exigiendo tener la "condición política" de la Comunidad Autónoma respectiva: "Podrá ser elegido Defensor del Pueblo cualquier ciudadano que se encuentre en pleno disfrute de sus derechos civiles y políticos y que, con arreglo al artículo 8 del Estatuto de Autonomía para Andalucía, goce de la condición política de andaluz".[4] En los debates legislativos nada se dice de las razones que llevaron al legislador autonómico a obrar así, de tal forma que parece que se trata de una mimesis del legislador estatal, sin demasiada reflexión, que produce una extraña paradoja: el DPA es el único puesto de todo el entramado institucional andaluz —desde el Presidente de la Junta hasta el último ordenanza— reservado a quienes disfruten de la condición política de andaluz; dicho sea de paso, se trata de una condición que —con las rotundas palabras del Tribunal Constitucional— no es "otra cosa que la vecindad administrativa de acuerdo con las leyes generales del Estado" en cualquiera de los 770 municipios de Andalucía.

El hecho de que los españoles que no tengan la condición política de andaluces puedan ser elegidos para cualquier cargo político o administrativo de la Comunidad Autónoma, pero no para el de DPA, que se reserva exclusivamente para los que tengan la condición política de andaluz, puede hacer dudar de la constitucionalidad de esta restricción en cuanto el artículo 23.2 de la Constitución establece el derecho de todos los ciudadanos a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos con los requisitos que marquen las leyes, y el artículo 139.1 ordena que todos los españoles tengan los mismos derechos y obligaciones en cualquier parte del territorio del Estado. Sin embargo, no creo que esta restricción sea inconstitucional porque se trata de una limitación que el Parlamento se impone a sí mismo: no podría aprobar una ley para restringir el derecho de presentarse a unas oposiciones de funcionarios a los ciudadanos que tengan la vecindad administrativa en Andalucía, pero sí que puede

---

[4] Artículo 3 de la LDPA, en sentido similar: artículo 4 de la ley 3/1985, de 27 febrero, de la institución del "Ararteko"; artículo 3.1 de la ley 6/1984, de 5 junio, modificada por la ley 3/1994, de 18 julio, del Valedor del pueblo gallego; artículo 7 de la ley 14/1984, de 20 marzo, modificada por ley 12/1989, de 14 diciembre, del Síndic de Greuges, de Cataluña; artículo 7 de la ley 4/1985 de 27 junio, reguladora del Justicia de Aragón; artículo 11.2 de la ley 1/1985, de 12 febrero, del Diputado del Común de Canarias; artículo 3 de la ley 11/1988 de 26 diciembre, del Síndico de Agravios de la Comunidad Valenciana; artículo 5 de la ley 2/1994 de 9 marzo, modificada por ley 11/2001 de 22 noviembre, del Procurador del Común de Castilla y León.

aprobar una ley mediante la cual él mismo se limita el grupo de personas entre las que puede hacer un nombramiento. Siempre, claro está, que el criterio empleado para definir ese grupo no sea un criterio expresamente prohibido por el artículo 14 de la Constitución (por razón de nacimiento, raza, sexo, etc.). También se puede añadir en su favor que el Tribunal Constitucional admitió expresamente en su sentencia 40/1981 la constitucionalidad del requisito legal de la "condición política" en el caso de designación de senadores autonómicos, doctrina que parece fácilmente trasladable al supuesto de los Defensores del Pueblo.

Dicho esto, hay que añadir igualmente que una cosa es que el requisito de disfrutar de la condición política de andaluz no sea inconstitucional y otra, que sea un requisito razonable; es más, incluso podríamos calificarlo de estúpido sin por ello tildarlo de inconstitucional, porque —como dijera Ignacio de Otto— la estupidez no es, en sí misma, inconstitucional. Pensemos que, para empezar, se exige un requisito para designar a un comisionado del Parlamento que no se exige para ser miembro del Parlamento y, después, que de esa forma se excluye a personas que nadie dudaría en calificar de "andaluces" pero con vecindad administrativa fuera de nuestra tierra. Haciendo un rápido ejercicio de memoria para repasar personas que ocupan cargos de relevancia en Andalucía y que cuando fueron nombradas no tenían la "condición política de andaluz", puedo citar hasta tres consejeros, la presidenta del Consejo Consultivo e incluso —aunque éste sea un órgano estatal— el fiscal jefe del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía. Por eso, no estaría de más que en una de las reformas que periódicamente se vienen haciendo de la ley 9/1983 se suprimiera el requisito de disfrutar de la "condición política de andaluz" para poder ser elegido DPA. Si se quiere cambiarlo por alguna condición razonable, se podría tomar ejemplo del artículo 6 del estatuto y condiciones generales de ejercicio de las funciones del Defensor del Pueblo Europeo, de 9 de marzo de 1994: se elegirá una persona que "ofrezca plena garantía de independencia y reúna las condiciones requeridas en su país para el ejercicio de las más altas funciones jurisdiccionales o posea experiencia o competencia notorias para le ejercicio de las funciones del Defensor del Pueblo".

4. El título I de la ley del DPA continúa regulando el status del Defensor de una forma razonable. Así, la toma de posición, los motivos de cede y las prerrogativas e incompatibilidades, que se regulan con la lógica de refrendar la independencia del cargo: objetivación de los motivos del cese, quórum reforzado de tres quintos para el caso en que el Parlamento estime notoria negligencia en el cumplimiento de las obligaciones del cargo, prohibición de mandato imperativo, de recibir instrucciones, rigurosa incompatibilidad con todo cargo público, etc. De todos estos puntos, el único que presenta cierta complicación jurídica es el motivo de cese por condena dolosa, que debe ser apreciado por el Pleno: evidentemente, y como ha notado con perspicacia Girón Caro, en caso de que en esa sentencia se condene con inhabilitación absoluta o para cargo público, no cabe margen para que el Parlamento estime o no si el cese es pertinente, produciéndose de forma automática, pues interpretar la regulación del

artículo 5 de la LDPA de otra forma sería ir contra el monopolio de ejecución de las sentencias (artículo 117 CE) e invadir el derecho de gracia (artículo 62 CE). Desde el punto de vista de la funcionalidad del sistema, quizás habría que pensar en modificar la forma de sustitución cuando se produce la expiración del plazo de los cinco años, que es igual a los demás motivos de cese: siguiendo el modelo estatal, el artículo 5.4 establece que desempeñará interinamente el cargo los Adjuntos "en su propio orden"; sin embargo, lo lógico sería que se produjera una prórroga automática de las funciones del propio Defensor saliente hasta la toma de posesión del nuevo, tal y como sucede en la sustitución de otros Defensores, como el catalán y el aragonés, y es práctica común en la inmensa mayoría de las instituciones (comenzando por el mismo TC).

Pero para cumplir mi propósito inicial de centrarme únicamente en aquellos puntos que me parecen jurídicamente complicados, no me detendré más en estos aspectos del estatuto jurídico del DPA y me iré directamente a la ley estatal 36/1985, de 6 de noviembre, que regula las relaciones entre el Defensor del Pueblo y las figuras similares en las distintas Comunidades Autónomas, porque en el artículo 1 de esta ley se atribuyen a los titulares de las instituciones autonómicas similares al Defensor del Pueblo tres prerrogativas durante el ejercicio de su cargo que me parece conveniente analizar con cierto detalle: la inviolabilidad y la inmunidad que se les otorguen a los miembros de las Asambleas Legislativas "en los respectivos Estatutos de Autonomía", así como el aforamiento especial ante su respectivo Tribunal Superior de Justicia. Todas estas prerrogativas se extienden también, según señala el artículo 1.3, a los Adjuntos. Este régimen de prerrogativas me ofrece alguna duda que otra, comenzando por la fuente jurídica en la que se encuentra: una ley estatal ordinaria. Evidentemente, nos encontramos ante disposiciones procesales y penales, cuya regulación es competencia del Estado *ex* artículo 149.1.6 de la Constitución, pero parece muy discutible su admisión por ley ordinaria, ya que el fuero especial, la inviolabilidad y la inmunidad o, para decirlo más técnicamente, la semiinmunidad (porque para procesar a un diputado autonómico y, por tanto, a cualquier defensor y sus adjuntos no hay que pedir un suplicatorio) afectan a la tutela judicial efectiva, al principio de igualdad de los españoles y a la determinación de las competencias de los tribunales, por lo que deberían haber sido regulados por ley orgánica, tal y como por lo demás sucede con las prerrogativas del Defensor del Pueblo (su ley orgánica), de los diputados, senadores y miembros del gobierno (Constitución y LOPJ), de los diputados y consejeros autonómicos (EEAA y LOPJ).

El Tribunal Constitucional no ha tenido ocasión de pronunciarse directamente sobre este punto y, cuando la ha tenido de forma indirecta, en la STC 142/1988, de 27 de junio, caso *Ley del Justicia de Aragón*, ha preferido, en una más que loable decisión, no decir nada sobre el particular. Ahora bien, no parece arriesgado pronosticar que si alguna vez tuviera que hacerlo seguiría su línea restrictiva sobre la extensión de las prerrogativas, tal y como ha venido haciendo cada vez que se ha pretendido exten-

derlas usando una fuente distinta de la constitucionalmente adecuada. Así, por ejemplo, declaró inconstitucionales sendas leyes autonómicas que pretendían, respectivamente, transformar la inmunidad limitada de unos parlamentarios autonómicos en una plena, con exigencia de suplicatorio (STC 36/1981, de 12 de noviembre, caso *Inmunidad parlamentarios vascos*) y atribuir fuero especial a unos consejeros autonómicos (STC 159/1991, de 18 de julio, caso *Aforamiento del Consejo de Gobierno asturiano*). Incluso negó que una ley orgánica pudiera otorgar inmunidad civil a los diputados y senadores (STC 9/1990, de 18 de enero, caso *Suplicatorio civil II*). Por no recordar, claro está, la reformulación que ha hecho para adecuar la propia inmunidad plena de los parlamentarios a las exigencias de la tutela judicial efectiva (SSTC 60/1982, 90/1985, 9/1990). Por todo ello, creo que la ley 36/1985 adolece de "insuficiencia de rango" —por usar una expresión grata al TC— para regular las prerrogativas de los Defensores del Pueblo autonómicos y de sus Adjuntos, y lo mejor que podría hacer el legislador estatal con el grueso de prerrogativas y garantías del artículo 1 de esta ley es ir incluyéndolas en las fuentes adecuadas, tal y como por lo demás ha sucedido ya con la posibilidad de considerar delito de desobediencia la obstrucción de la investigación de los Defensores (artículo 1.2.a), que ha sido expresamente tipificada en el artículo 502.2 del Código Penal (es decir mediante la ley orgánica 10/1995, de 23 de noviembre).

No quiero dejar de señalar que quizás este razonamiento mío de negar que la ley ordinaria sea fuente suficiente para establecer prerrogativas institucionales esté teñido de lo que puedo llamar mi particular prejuicio contra cualquier excepción al principio de igualdad, lo que me ha llevado a cometer algún exceso que otro. Así, he puesto por escrito que me parece contrario al artículo 14 de la Constitución que los funcionarios podamos elegir entre sanidad pública y sanidad privada, mientras que los trabajadores privados no tienen esta posibilidad y están obligados a usar la sanidad pública; de la misma forma, también he intentado argumentar que la regla de preferencia del hombre sobre la mujer en la sucesión de títulos nobiliarios es discriminatoria, apartándome así de la jurisprudencia fijada por la STC 127/1997. Incluso he llegado a sospechar que la regla que obliga a que sólo un sucesor herede el título nobiliario también es inconstitucional y deberían heredarlo, para no violentar el principio de igualdad, todos los hijos.

V. El ámbito de actuación del Defensor

Si la ley 36/1985 no parece formalmente adecuada para contener los privilegios y garantías del artículo 1 —por más que tenga el loable propósito de facilitar la tarea de los Defensores—, sí hay que reconocerle el éxito en el régimen de colaboración de las instituciones que establece en su artículo 2, con lo que se ha evitado uno de los puntos más conflictivos de la puesta en marcha de estos Comisionados: la delimitación de competencias con el Defensor estatal, pues hay que recordar que éste tiene

una capacidad de supervisión general sobre todas las administraciones, incluidas las autonómicas y las municipales, incluso cuando actúan como delegadas de las administraciones autonómicas. La ley, en lugar de pretender una estricta delimitación de ámbitos de cada institución (lo que básicamente habría supuesto, rozando la constitucionalidad, limitar la capacidad del DP estatal), ha seguido una vía más inteligente: la de permitir que el Defensor del Pueblo y los Comisionados Autonómicos puedan concertar acuerdos entre ellos sobre los ámbitos de actuación de las administraciones objeto de supervisión, los supuestos de actuación de los Comisionados, las facultades que puedan ejercitar, el procedimiento de comunicación que emplearán y la propia duración de los acuerdos. De esta forma, lo que en principio eran roces y duplicidades de investigación se han podido sustituir por la franca y leal colaboración.

Con cierto retraso sobre otros Comisionados, el Defensor del Pueblo y el DPA firmaron el acuerdo de 10 de junio de 1997. En sus nueve artículos se hace una regulación exhaustiva de los ámbitos de actuación de cada uno (la administración periférica estatal corresponde al DP, la autonómica al DPA y al estatal, según a quién se haya dirigido la queja; la local al estatal y al DPA cuando afecte competencias autonómicas), sin excluir el auxilio y la colaboración recíproca, que llega hasta el punto de permitir que el DPA pueda proponer al DP la presentación de un recurso de inconstitucionalidad. En fin, se trata de un conjunto de disposiciones muy pensadas que, a mi juicio, no presentan ningún problema jurídico relevante, de tal forma que me permitiré no realizar su glosa y me limitaré a resaltar que son una muestra de cómo pueden afrontarse con sentido común y eficacia los complejos problemas de funcionamiento de instituciones similares en el Estado autonómico, a poco que haya confianza y lealtad recíproca entre ellas.

VI. Los Adjuntos del Defensor

Siguiendo con nuestra particular búsqueda de puntos polémicos en la regulación del Defensor del Pueblo, de esa madera en no muy buenas condiciones que, como decía al principio citando a Kirchmann, es el objeto de nuestro trabajo jurídico, debo detenerme ahora en los Adjuntos y demás personal colaborador del DPA. Los Adjuntos no se previeron expresamente en el estatuto, sino que fue la ley de creación de 1983, siguiendo el modelo estatal, la que creó dos. En el año 1996, coincidiendo con las negociaciones entre los grupos para elegir al nuevo Defensor, se acordó atribuirle un tercero, lo que se hizo mediante la ley 3/1996, de 17 de julio. Cuando en 1998 se tramitó la ley de atención al menor, a punto estuvimos de tener cuatro Adjuntos y sólo la enérgica intervención del propio DPA consiguió convencer a los diputados, en el último momento, de que no era necesario, limitándose esta ley 1/1998 a dar una nueva redacción al artículo 8.1 de la ley del DPA: “El Defensor del Pueblo Andaluz estará auxiliado por tres adjuntos en los que podrá delegar sus funciones y entre los que designará al que ejerza las correspondientes al Defensor del Menor de Andalucía”.

Pero si en 1998 no se amplió el número de Adjuntos, sí que se lo ha hecho en este año, cuando la ley 11/2001, de 11 de diciembre, ha vuelto a modificar el artículo 8.1 elevando ese número a cuatro. El preámbulo de esta ley no sigue el camino sincero de la anterior ampliación[5] para explicar la razón del incremento de Adjuntos, que no es otra que la de conseguir que cada partido pueda designar uno (una vez que el DPA no es de ninguno) y prefiere un argumento difícil de sostener seriamente: "La trascendencia de la función tuitiva de los derechos de los menores en Andalucía, así como la atribución generalista de funciones que el Estatuto de Autonomía de Andalucía y la referida Ley 9/1983 hacen al Defensor del Pueblo Andaluz para la defensa de todos los ciudadanos, hacen conveniente unificar en la figura del Defensor del Pueblo Andaluz las funciones correspondientes a las del Defensor del Menor de Andalucía, auxiliado para tal fin por uno de sus Adjuntos, para lo que se amplía su número en dicha institución". ¿Pero qué funciones se "unifican" si ya la ley 1/1998 le había atribuido todas estas funciones tuitivas al DPA? Es más, el DPA, hasta el día de la fecha todavía no ha sentido la necesidad de designar a uno de sus Adjuntos como Defensor del Menor y realiza él mismo esas funciones.

Si atendemos a la carga de trabajo, el resultado para nada justifica tal número de altos cargos: por sólo citar el año 2000, el de mayor número de quejas del siglo XX, se presentaron ante el DPA 4.525 quejas, que repartidas entre el Defensor y sus tres Adjuntos supone 1.131 quejas para cada uno, y si consideramos que el año laboral tiene 250 días, sale un promedio de cinco diarias. Una carga más que asumible si además recordamos, primero, que de esas 4.525 quejas, 1.422 no fueron admitidas y que de las admitidas muchas eran sobre el mismo asunto. Incluso podemos añadir que en el organigrama de la Oficina existen seis asesorías generales más dos específicas (informática e información), de tal forma que existe una nutrida plantilla de personal, que ascendió a 57 personas en el año 2000 (cuadro 3). Si miramos al Derecho comparado para buscar modelos de organización de las Oficinas de los Defensores, nos encontraremos que, hasta donde se me alcanza, ningún otro Ombudsman, no ya hispano sino mundial, tiene cuatro adjuntos. Por el contrario, lo habitual es que sea una Institución sin este tipo de colaboradores, tal y como sucede en el Defensor Europeo. Como sabemos, el español tiene dos, y con ellos le viene bastando y sobrando para atender un número de quejas seis veces superior en el 2000 al de nuestro DPA (cuadro 4).

---

[5] El Preámbulo de la ley 3/1996 señalaba: "El respeto a las minorías y el establecimiento de cauces para su participación es una consecuencia del pluralismo político [...] Esta defensa activa del pluralismo ha de extenderse tanto a los órganos de gobierno de la Cámara, como a los denominados de extracción parlamentaria, tal como la Institución del Defensor del Pueblo. La distribución política del Parlamento de Andalucía en esta V Legislatura hace conveniente modificar la composición de la Institución del Defensor del Pueblo Andaluz, de modo que al ampliarse el número de sus Adjuntos, se permita la máxima pluralidad en cuanto a la presencia en la misma de los Grupos parlamentarios".

Por todo estos datos, la sucesiva ampliación de dos a cuatro Adjuntos supone que los grupos parlamentarios han cedido al aspecto más criticable de la lógica del Estado de partidos, la *lottizzazione istituzionale*, el reparto de todos los puestos institucionales por un sistema de cuotas, venga al caso o no este sistema. Es más, en el caso concreto de los Adjuntos, los distintos partidos ni siquiera han usado su poder de facto para nombrar personas independientes, sino que han nombrado a notorios militantes. En contra de alguna autorizada voz, no creo que la elección de políticos como Adjuntos incumpla el espíritu de la LDPA, porque mientras establece un severo régimen de incompatibilidades (que incluye la de no poder ser militante de un partido político) guarda silencio sobre las inelegibilidades. Como se trata de dos instituciones distintas, el silencio de la ley sobre la inelegibilidad sólo puede ser interpretado como un deseo de que todos los andaluces (militantes políticos incluidos) puedan ser elegidos para Defensor y Adjuntos. Es más, el artículo 7.2 de la LDPA da un plazo de diez días posteriores a su nombramiento para que cesen en toda situación de incompatibilidad. Quizás al actuar así los legisladores pensaban en Tomás Moro, John Marshall y tantos otros políticos que, nombrados para cargos independientes, supieron estar a la altura de sus nuevas obligaciones.

Mi crítica no viene tanto por el lado de las personas propuestas como por el método seguido en 1996 (y vuelto a emplear en el 2001): quienes han propuesto y elegido a los Adjuntos han sido los propios partidos, en lo que sí supone un quebranto del espíritu de la ley: según el artículo 8 de la LDPA, a quien le corresponde proponer y nombrar a aquéllos es únicamente al Defensor, limitándose la Comisión de Gobierno Interior y Derechos Humanos del Parlamento a dar su "previa conformidad". Algún partido ha llegado, incluso, a convocar una rueda de prensa para comunicar a su "representente" en la institución y, en el 2001, ha habido quien ha presumido de que su "fuerza política" ha sido la única con sensibilidad suficiente como para nombrar a una mujer para el cargo. Lo menos que se puede decir de estos comportamientos es que los partidos no han sido respetuosos con el artículo 6 de la LDPA que ordena que el Defensor "no recibirá instrucciones de ninguna autoridad" y "desempeñará sus funciones con autonomía y según su criterio". Además de esta razón jurídica, hay otra razón lógica para criticar la actuación de los partidos: no se facilita la tarea de la Oficina si se priva al Defensor de la capacidad de elegir a sus más directos colaboradores, dificultando así la lógica tarea de confianza que debe imperar en un equipo.

VII. Los instrumentos del Defensor

Pero no nos detengamos más en las personas y pasemos a los instrumentos y las técnicas que tiene el DPA para lograr cumplir con su función de defensor de los derechos constitucionales. La primera de ellas es la capacidad de admitir quejas de los ciudadanos —o incluso actuar de oficio— e iniciar la pertinente investigación sobre la actividad de la administración autonómica y la local cuando ejerzan competencias

delegadas (además también puede investigar la actividad de las administraciones local y estatal en Andalucía en aquellos casos que permite el acuerdo entre el DPA y su homólogo estatal). A raíz de esta investigación puede dictar diversas resoluciones: sugerencias, recomendaciones, recordatorios de deberes legales, etc., incluso puede dar traslado excepcional de su investigación al Fiscal, cuando tenga conocimiento de una conducta presumiblemente delictiva, pero nunca puede tomar él mismo una resolución ejecutiva para reparar el derecho de un ciudadano. Dicho en una sola frase, el DPA es una Magistratura de persuasión, que goza de *autoritas* pero que carece de *potestas*.

¿Se le debería dar alguna capacidad ejecutiva, tal y como el propio DPA ha señalado que le demandan muchos ciudadanos? Evidentemente, si una persona presenta una queja al DPA reclamando un piso para así ver cumplido su derecho a una vivienda digna, lo que quiere es que el DPA le resuelva su problema concreto y no le importa demasiado si con ocasión de estudiar su caso el DPA emite una recomendación sobre el procedimiento a seguir por la administración en caso de adjudicación de viviendas sociales. Ahora bien, si el DPA tuviera la capacidad para anular el concurso concreto que ha motivado la queja, entonces no se podría mantener el actual procedimiento de investigación y habría que sustituirlo por otro: audiencia a todos los implicados, formalización de las pruebas, etc. Es decir, terminaríamos transformando la naturaleza del DPA y convirtiéndolo en un órgano del Poder Judicial. ¿Qué habríamos ganado? Nada, pues ya tenemos un buen Poder Judicial y sí que habríamos perdido un Defensor. Lo mismo podríamos decir si lo que se pretendiera fuera darles poderes *ex ante*, para repartir un lote de casas, por seguir con el mismo ejemplo de artículo 47 de la Constitución. ¿Pero qué legitimidad puede ofrecer un DPA frente a un alcalde elegido por los vecinos? La administración no es un ente creado por la gracia de Dios, sino que responde a un gobierno que es elegido por los ciudadanos. Además, su decisión tendría que ser recurrible ante los tribunales, con lo que nos encontraríamos otra vez que perdemos un Defensor y no ganamos ninguna mejora en la tutela de los derechos constitucionales. No es ninguna casualidad que, en todos los rincones del mundo, incluido el caso de los Defensores más poderosos, como podría ser el *Provedor de Justiça* portugués, se trate de una institución sin poderes ejecutivos.

Otra cosa es que, a la luz de la experiencia de estos años, le reclamemos algún que otro instrumento para reforzar su magistratura de persuasión y le busquemos nuevas áreas de actuación como mediador o, incluso, como árbitro. Ya me he referido antes a cómo sería conveniente que la ley recogiera expresamente uno de sus instrumentos más valiosos: el informe especial. Algunos autores han pensado que se le debería reconocer el recurso de inconstitucionalidad, al menos contra las leyes de su propia Comunidad que pudieran violar el Título I de la Constitución. Pero aquí nos encontramos con un claro problema de fuentes: el artículo 162 de la Constitución relaciona los órganos y fracciones de órganos que pueden recurrir las leyes ante el Tribunal Constitucional, de tal forma que para atribuirles esta capacidad a los De-

fensores autonómicos habría que reformar este artículo o hacer alguna de esas interpretaciones rebuscadas (como los Defensores son comisionados de las asambleas autonómicas y éstas pueden presentar recurso, también podrían hacerlo ellos) que raramente sobreviven al análisis jurídico del Tribunal Constitucional. No me parece que merezca la pena reformar la Constitución para darles esta competencia a los Defensores autonómicos, más si se tiene en cuenta que varios de ellos (empezando por el nuestro) han llegado a un acuerdo con el Defensor del Pueblo para que le puedan proponer "la presentación de recursos de inconstitucionalidad y amparo respecto de las materias y cuestiones de que haya conocido en el uso de sus competencias". Conviene señalar que, de esta forma, se ha logrado una base jurídica más sólida que la proporcionada por el artículo 26 de la LDPA, que señala —con mandato que, lógicamente, no puede vincular al Defensor estatal— que "El Defensor del Pueblo Andaluz podrá instar del Defensor del Pueblo del Estado la interposición de Recurso de Inconstitucionalidad contra las disposiciones normativas emanadas del Parlamento y del Consejo de Gobierno de Andalucía". Además de por el uso de *instar* (que introduce cierto matiz obligatorio para el órgano "instado", completamente fuera de lugar en este caso), el poco rigor técnico de este artículo se pone también de relieve por el hecho curioso de que prevé el recurso de inconstitucionalidad contra las disposiciones normativas del Consejo de Gobierno, que hasta la fecha no tiene competencia ni para dictar decretos-leyes ni decretos legislativos.

No creo que hubiera el más mínimo problema de constitucionalidad para ampliar las competencias de los Defensores con funciones arbitrales, de tal forma que podría modificarse la LDP para articular un procedimiento ante el DPA de solución extrajurisdiccional de conflictos entre ciudadano con un poder público, tal y como permiten los artículos 88 y 107.2 de la ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. Si es verdad que, como el profesor Rivero Ysern ha notado agudamente, la posición independiente del DPA lo convierte en un órgano idóneo para esta tarea, creo que los inconvenientes superan ligeramente a los beneficios, ya que, en primer lugar, su arbitraje sólo podría ser de equidad, no fundado en Derecho (entre otros motivos porque no se exige que sea un perito en Derecho) y, en segundo lugar, porque su laudo necesariamente debería ser recurrible ante los Tribunales, so pena de vulnerar la tutela judicial efectiva, de tal forma que nos encontraríamos con una decisión del DPA que puede ser recurrida, lo que casa mal con su configuración como magistratura de persuasión e influencia y, a la larga, puede ser un desgaste para la institución que para nada la beneficie.

Donde sí creo que habría que modificar la LDPA es en lo tocante a las funciones de mediación, a la capacidad de proponer una solución equitativa en un conflicto concreto, que son propias de estas figuras, tanto que algunas han tomado ese nombre —así el *Mediateur* francés y el *Ararteko*, que en vasco significa 'mediador'—. Expresamente otras leyes autonómicas atribuyen esta función a su respectivo Comisionado parlamentario, como el artículo 28 de la Ley del Sindic de Greuges de Cataluña y el 22 la del Justicia de Aragón. En el Reglamento del DPA, sin base legal específica

para ello, se ha hecho una trasposición de estas normas legales de los otros Defensores para establecer en su artículo 26 que el DPA "podrá proponer, en el marco de la legislación vigente, al departamento, organismo o entidad afectados, fórmulas de conciliación o de acuerdo que faciliten una resolución positiva y rápida de las quejas". Hojeando el informe del año 2000 del DPA se observa que esta tarea de mediación es bastante habitual: así nos encontramos con que medió ante la Consejería de Educación para conciliar los intereses de los docentes interinos y de los licenciados en paro (pp. 350 y ss. del Informe), ante la de Salud para cambiar las normas de funcionamiento de una mesa de contratación provincial (pp. 804 y ss.), ante un ayuntamiento para que consultara a los vecinos sobre el nombramiento de un Alcalde de Barrio (pp. 895 y ss.), etc. Por todo ello, lo correcto técnicamente creo que sería elevar este artículo del reglamento a la ley y de paso, observando el Derecho Comparado, regular más ampliamente esta tarea de mediación.

VIII. Conclusión

No quiero terminar esta rápida excursión por algunos puntos relevantes del DPA sin hacer una mención, siquiera breve, a su coste económico, pues de vez en cuando se leen —y sobre todo se oyen, típicas críticas *sotto voce* que raramente se ponen por escrito— opiniones sobre lo crecido de su presupuesto. En no pocos corrillos políticos y administrativos se dice a veces que igual de eficaz, pero más barato, sería pagarle a cada una de las personas que presentan una queja un abogado gratis. Sin dar muchos rodeos, creo que hay que partir del hecho indubitado de que es verdad que el DPA no es una institución barata, y se llega a esa opinión tanto viendo la cifra absoluta de su presupuesto (casi cuatrocientos cincuenta millones de pesetas para el año 2000) como la relativa, el gasto dividido por número de queja: cada queja presentada en el 2000 "costó" 98.970 pesetas y cada queja admitida se disparó hasta las 144.330 pesetas (cuadro 5). Atendiendo al criterio de número de quejas, ya veíamos que también una plantilla de 57 personas parece excesiva. Sin duda, en el futuro la Oficina tendrá que organizarse de manera tal que logre mejorar esas ratios sin pérdida de la eficacia. Ahora bien, también debo agregar que es injusto reducir la actividad del DPA —sobre todo la del actual titular— al número de quejas atendidas y a su gasto, pues —como antes he tenido ocasión de explicar— ejerce una muy importante tarea en defensa de los derechos fundamentales que incluye desde sus exhaustivos informes especiales hasta sus pedagógicas entrevistas en todos los medios de difusión. Simplemente traduciendo esta presencia en los medios a parámetros económicos (por ejemplo, pensando el coste de cualquier campaña de integración de los inmigrantes, de los que el DPA es un gran abanderado) empezaríamos a pensar que quizás el DPA no es un lujo. El Defensor es una necesidad de nuestra sociedad, tanto que me atrevo a concluir mi intervención parafraseando a Borges:

> Algún día mereceremos no tener ni Defensor; ese día será el día que merezcamos no tener Gobierno.

Nota bibliográfica

I. Introducción

La cita de Julius Hermann von Kirchmamm la he tomado de *La jurisprudencia no es ciencia* (trad. de Antonio Truyol y Serra), 3ª ed., Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1983, p. 29. La de Jeremías Bentham es de su *A Fragment on Government*, 1776 (trad. de Julián Larios Ramos: *Fragmento sobre el gobierno*), Sarpe, Madrid, 1985, p. 32.

II. La posición del Defensor en el sistema de garantías de los derechos fundamentales

Los tres trabajos que han estudiado extensamente el DPA y a los que me refiero en el texto son Juan José Ruiz-Rico, "El Defensor del Pueblo Andaluz", en Francisco Balaguer Callejón, Juan Cano Bueso, Juan José Ruiz-Rico y Juan F. López Aguilar, *El Estatuto de Andalucía, IV, Las garantías*, Ariel, Barcelona, 1990; pp. 111-180; Juan Cano Bueso, *El Defensor del Pueblo Andaluz*. *Génesis y contenido de la institución*, Edición del Defensor del Pueblo Andaluz, Sevilla, 1986 y Carlos Girón Caro, *Régimen jurídico del Defensor del Pueblo Andaluz*, Universidad de Sevilla, 1997.

La intervención del portavoz centrista, Arenas del Buey, puede verse en el *DSPA*, nº 18, de 22 de junio de 1983, p. 733. A pesar de esta vibrante defensa, la proposición centrista fue rechazada por 48 votos en contra por 36 a favor; el voto en contra de los socialistas, el grupo mayoritario, se debió a la opinión negativa que había manifestado el Consejo de Gobierno "por estimar que supondría un aumento de los créditos presupuestarios y por haber presentado por este mismo Consejo un Proyecto de Ley sobre esta misma materia" (*DSPA* nº 18, de 22 de junio de 1983, p. 732, el resultado de la votación, en la página 746). Contrasta esta actuación del Gobierno andaluz con lo que había sucedido en las Cortes: allí el Gobierno de UCD no se opuso a la proposición de ley que presentó el Grupo Socialista en 1979 y que terminaría convirtiéndose en la ley orgánica 3/1981, de 6 de abril, del Defensor del Pueblo.

Cuadro 1

Año	Total quejas	% Incremento	Recursos contenciosos	% Incremento	Contenciosos / Quejas
1991	2.523		10.175		5
1992	2.711	7,45	13.194	29,67	5
1993	3.010	11,03	14.255	8,04	5
1994	2.198	–26,98	18.290	28,31	8
1995	1.898	–13,65	18.996	3,86	10
1996	3.129	64,86	18.333	–3,49	6
1997	4.394	40,43	23.866	30,18	5
1998	4.427	0,75	19.467	–18,43	4
1999	4.507	1,81	32.593	67,43	7
2000	4.525	0,40	28.931	–11,24	6

Cuadro 2

Año	Total quejas	%Incr.	Total Población	% Incr.	Población queja	% Incr.	Quejas admitidas	Población admitida	% Incr.
1991	2.523		6940522		2.751		1.691	4.104	
1992	2711	7,45	7001058	0,87	2.582	–6,14	1.724	4.061	–1,0
1993	3010	11,03	7145357	2,06	2.374	–8,08	2.120	3.370	–17,0
1994	2198	–26,98	7249662	1,46	3.298	38,94	1.266	5.726	69,9
1995	4042	83,89	7314644	0,90	1.810	–45,13	3.205	2.282	–60,1
1996	3129	–22,59	7234873	–1,09	2.312	27,77	2.074	3.488	52,85
1997	4394	40,43	7235423	0,01	1.647	–28,78	2.834	2.553	–26,8
1998	4427	0,75	7236459	0,01	1.635	–0,73	2.772	2.611	2,251
1999	4507	1,81	7305117	0,95	1.621	–0,84	3.066	2.383	–8,73
2000	4525	0,40	7340052	0,48	1.622	0,08	3.103	2.365	–0,72

Los datos que proporciona el Instituto Internacional del Ombudsman sobre los Defensores los he extraído de su página oficial, <www.law.ualberta.ca/centres/ioi>. Para una visión comparada, cf. Donald C. Rowat, *El Ombudsman en el mundo*, Teide, Barcelona 1990. Según este autor, en tesis plausible, la figura del Ombudsman tardó tanto tiempo en traspasar los límites de los países escandinavos por dos razones: por el relativo aislamiento cultural y geográfico y por la opinión de que las especificidades jurídicas del ordenamiento sueco hacían que esta institución no fuera trasladable a otros Estados. También es muy interesante el trabajo de Pedro Carballo Armas, "Episodios de la difusión del Ombudsman en el Constitucionalismo comparado", *Parlamento y Constitución*, nº 3, 1999, pp. 153-181. La tesis de Häberle sobre el paradigma mundial del desarrollo gradual del Derecho Constitucional puede verse en castellano, entre otros trabajos, en Peter Häberle, "El Estado constitucional europeo", *Cuestiones constitucionales*, nº 2, enero-junio 2000, pp. 88 y ss. La advertencia de las excesivas ilusiones depositadas en los defensores comenzó a finales de la década de los sesenta con el trabajo de G. R. Powell, "Ombudsmania", *The Parliamentarian*, vol. 50, nº 1, 1969.

III. La naturaleza jurídica del Defensor

La tesis de Juan José Ruiz-Rico sobre la naturaleza del DPA está en su "El Defensor del Pueblo Andaluz", ya citado, pp. 127 y ss. También sobre la del español cf., Joaquín Varela Suanzes-Carpegna, "La naturaleza jurídica del Defensor del Pueblo", *REDC*, nº 8, 1983, pp. 63 y ss.

IV. El estatuto jurídico del Defensor

Sobre el Defensor del Pueblo Europeo, con valiosas referencias a los Defensores de sus Estados miembros, cf. Juan Francisco Carmona y Choussat, *El Defensor del Pueblo Europeo*, MAP, Madrid, 2000.

La STC citada en la que se identifica condición política y vecindad administrativa es la STC 40/1981, de 18 de diciembre, caso *designación senadores vascos*; FJ 1; en

ella se admite la constitucionalidad del artículo 2.1 de la ley vasca 4/1981 en la que se exige la "condición política de vasco" para poder ser designado por el Parlamento vasco senador autonómico. He tratado con más detenimiento del que hago aquí esta STC y la "condición política" del artículo 8 del EAA en Agustín Ruiz Robledo, *El ordenamiento jurídico andaluz*, Civitas, Madrid, 1991, pp. 124 y ss.

La opinión de Carlos Girón Caro sobre el motivo de cese por condena dolosa está en su *Régimen jurídico del Defensor*, cit. p. 20. Véase también la opinión de José Ignacio Morillo-Velarde Pérez, "El Defensor del Pueblo Andaluz", *Autonomies*, nº 19, Barcelona, diciembre de 1994, p. 81. En el Derecho autonómico el único caso práctico de cierto interés jurídico que conozco sobre los ceses fue la petición de cese del Sindic de Greuges valenciano que realizó el Grupo Parlamentario Socialista en 1999 y que fue rechazada por la mayoría de la Comisión de Peticiones. Ante la falta de regulación expresa sobre la tramitación de esta petición, la presidenta de las Cortes Valencianas dictó la resolución de carácter general 1/V sobre procedimiento de cese del Síndic de Greuges, de 29 de noviembre de 1999. Es previsible que si alguna vez se presentara este caso en el Parlamento andaluz el presidente dictaría también una resolución similar, dada la similitud tanto entre el artículo 5 de la ley 11/1988, de 26 de diciembre, del Síndic de Greuges, y el artículo 5 de la LDP como en el silencio de ambos Reglamentos parlamentarios sobre este punto.

Hasta la fecha, el TC no ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la constitucionalidad de las prerrogativas contenidas en la ley 36/1985. El Parlamento de Cataluña interpuso un recurso contra ella, pero únicamente contra el inciso "así como de las Administraciones de los Entes locales, cuando actúen en el ejercicio de competencias delegadas por aquélla" del artículo 2.1, que fue desestimado por la STC 157/1988, de 15 de septiembre. La cita que hago en el texto de la STC 142/1988, de 27 de junio, caso *Ley del Justicia de Aragón*, se refiere a su FJ 6; en él se le da la razón al Gobierno en cuanto considera inconstitucional el artículo 12.2. de la mencionada ley aragonesa porque invadía la competencia normativa penitenciaria del Estado al establecer que "la correspondencia y otras comunicaciones que las personas privadas de libertad por el hecho de encontrarse en centros de detención, de internamiento o de custodia quieran tener con el Justicia de Aragón gozarán de las garantías establecidas por la legislación vigente para la comunicación con los Jueces". Ahora bien, en el recurso de inconstitucionalidad contra la Ley del Justicia, el letrado del Estado había señalado, de forma bastante sorprendente (porque es tanto como decir que la ley 36/1985 es inconstitucional), que una norma como la del artículo 12.2. debería incluirse en una ley orgánica. Lógicamente, el TC nada dice sobre este punto, irrelevante para el caso que estaba juzgando: "ha de tenerse en cuenta que esta materia ha quedado expresamente regulada con carácter general para las figuras similares al Defensor del Pueblo por la Ley 36/1985, de 6 de noviembre, en cuyo artículo 1 se establecen las prerrogativas y garantías para los Comisionados de los Órganos Parlamentarios Autonómicos".

V. El ámbito de actuación

Sobre la voluntad expresa del constituyente de concebir el Defensor del Pueblo con capacidad para supervisar todas las administraciones, tanto que rechazó todas las enmiendas que querían reconocer la posibilidad de Defensores autonómicos, cfr. María José Corchete Martín, *El Defensor del Pueblo y la protección de los derechos*, Universidad de Salamanca, 2001, pp. 39 y ss. La delimitación de competencias entre los Defensores ha sido objeto de atención de múltiples trabajos doctrinales, entre los que merece la pena destacar: Alberto López Basaguren, "Las relaciones entre el Defensor del Pueblo y las figuras similares de las Comunidades Autónomas: su regulación en la Ley 36/1985", *RVAP*, nº 14, 1986, pp. 251 y ss; José Bermejo Vera, "El Defensor del Pueblo y las figuras similares autonómicas: alcance de la coordinación y cooperación", *REDA*, nº 68, 1990, pp. 509 y ss; Vicente Magro Servet, "La delimitación competencial entre del Defensor del Pueblo, los Comisionados parlamentarios de las CCAA y los órganos del Poder Judicial", *Poder Judicial*, nº 56, pp. 231 y ss.; y María José Corchete Martín, "Propuestas de reforma en las relaciones Defensor del Pueblo-Comisionados parlamentarios autonómicos", *RVAP*, nº 56, 2000, pp. 163 y ss.

VI. Los Adjuntos

Cuadro 3

Año	Total plantilla	%Incremento	Total quejas	Quejas admitidas	Queja/ Plantilla	Queja admitida Plantilla
1991			2.523	1.691		
1992			2.711	1.724		
1993	44		3.010	2.120	68	48
1994	44	0	2.198	1.266	50	29
1995	44	0	4.042	3.205	92	73
1996	49	5	3.129	2.074	64	42
1997	51	2	4.394	2.834	86	56
1998	56	5	4.427	2.772	79	50
1999	57	1	4.507	3.066	79	54
2000	57	0	4.525	3.103	79	54

Cuadro 4

Año	Quejas D.P. Andaluz	% Incremento	Quejas D. P. Español	% Incremento	Quejas Español/ Andaluz
1991	2.523		25.730		10
1992	2.711	7,45	19.713	–23,39	7
1993	3.010	11,03	22.372	13,49	7
1994	2.198	–26,98	18.594	–16,89	8
1995	1.898	–13,65	13.214	–28,93	7
1996	3.129	64,86	25.875	95,82	8
1997	4.394	40,43	17.732	–31,47	4
1998	4.427	0,75	23.754	33,96	5
1999	4.507	1,81	13.378	–43,68	3
2000	4.525	0,40	26.874	100,88	6

VII. Los instrumentos del Defensor

Con motivo de aniversarios y jornadas de estudio se ha editado un buen número de trabajos sobre la posibilidad de ampliar los instrumentos del DPA y, en general, de todos los Defensores. Entre los mejores, cabe destacar las ponencias de Luciano Parejo, "El Defensor del Pueblo como institución de control de la Administración Pública", y Luis Aguiar de Luque y Ascensión Elvira Perales, "Intervención del Defensor del Pueblo en procedimientos jurisdiccionales", en AAVV, *Diez años de la Ley orgánica del Defensor del Pueblo. Problemas y perspectivas*, Universidad Carlos III, Madrid, 1992; así como la de José Luis Rivero Isern, "La intervención de los Defensores del Pueblo en la solución convencional de conflictos" en AAVV, *XII Jornadas de Coordinación entre Defensores del Pueblo*, Defensor del Pueblo Andaluz, Sevilla, 1998 (la referencia que hago en el texto sobre la posición independiente del DP para ejercer el arbitraje de equidad la tomo de la página 93).

La capacidad del DPA para impetrar la presentación de un RI se recoge en el artículo 6 del Acuerdo entre el Defensor del Pueblo y el DPA, que por las muchas posibilidades que ofrece me parece conveniente transcribir aquí íntegramente:

> Artículo 6. Otras formas de colaboración.
>
> 1. El Defensor del Pueblo Andaluz podrá proponer al Defensor del Pueblo la presentación de recursos de inconstitucionalidad y amparo respecto de las materias y cuestiones de que haya conocido en el uso de sus competencias.
>
> 2. El Defensor del Pueblo Andaluz podrá solicitar del Defensor del Pueblo el que, si lo estima procedente, sugiera la creación o modificación de aquellas normas que pudieran tener una incidencia especial en la mejora de la protección y defensa de los derechos constitucionales.
>
> 3. Los informes monográficos confeccionados por una de ambas Instituciones sobre temas de interés general podrán ser trasladados a la otra, atendida su naturaleza y urgencia, para el examen y aportación, en su caso, de las consideraciones pertinentes. La Institución autora del informe resolverá libremente sobre la inclusión de tales consideraciones, haciendo constar en el primer supuesto, el origen de las mismas.

4. El Defensor del Pueblo podrá solicitar del Defensor del Pueblo Andaluz la difusión ante la Administración Andaluza y de los Entes Locales de Andalucía, de aquellas recomendaciones o sugerencias de carácter supracomunitario adoptadas en uso de sus competencias.

5. Cualquiera de las dos Instituciones podrá hacer suyas las consideraciones, recomendaciones y sugerencias de la otra, en su respectiva labor de control de las Administraciones Públicas.

Para facilitar el conocimiento de las mismas con antelación a la publicación de los respectivos informes anuales ordinarios, el Defensor del Pueblo y el Defensor del Pueblo Andaluz podrán remitirse, recíprocamente, copia de las recomendaciones o sugerencias cuyo contenido estimen de mutuo interés.

VIII. Conclusión

Cuadro 5

Año	Total quejas	%. Incr.	Presupuesto (miles de pts)	% Incr.	Presup/queja a (miles de pts)	% I. Incr.	Presupuesto queja admitida	% Incr.
1991	2.523							
1992	2711	7,45						
1993	3010	11,03	299700		99,57		141,37	
1994	2198	–26,98	299700	0,00	136,35	36,94	236,73	67,45
1995	4042	83,89	351226	17,19	86,89	–12,68	109,59	–31,80
1996	3129	–22,59	330711	–5,84	105,69	18,80	159,46	49,87
1997	4394	40,43	368798	11,52	83,93	–20,59	130,13	–29,30
1998	4427	0,75	414934	12,51	93,73	11,68	149,69	19,56
1999	4507	1,81	432143	4,15	95,88	2,29	140,95	–8,74
2000	4525	0,40	447847	3,63	98,97	3,22	144,33	3,38

IV. La organización del Estado

- *Mariana Llanos (Alemania)*
  El bicameralismo en América Latina

- *Miguel Carbonell (México)*
  El federalismo en México: principios generales y distribución de competencias

- *Domingo García Belaunde (Perú)*
  Estado y municipio en el Perú

- *Guillermo I. Ortiz Mayagoitia (México)*
  El orden jurídico nacional a la luz de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

Mariana Llanos (Alemania) *

El bicameralismo en América Latina **

I. Introducción

Las legislaturas bicamerales —es decir, aquéllas en las que las deliberaciones tienen lugar en dos cámaras distintas[1]— han sido un modelo de diseño parlamentario bastante común en América Latina. En la actualidad, la mitad de los estados de la región cuenta con una segunda cámara en su organización parlamentaria; ellos son México y República Dominicana más siete países de Sudamérica: Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Paraguay, Uruguay.[2] El unicameralismo prevalece, en cambio, en los restantes países sudamericanos —Ecuador, Perú y Venezuela— y en los seis estados de América Central. De este modo, los sistemas bicamerales del continente abarcan tanto países unitarios como federales, grandes como pequeños, mientras que los sistemas unicamerales predominan en los pequeños estados unitarios de América Central pero han sido adoptados también en países de mayor tamaño (como Perú) e incluso de carácter federal (como Venezuela).[3]

Es verdad que este mapa parlamentario del continente es bastante reciente y que ha sufrido alteraciones en los últimos años. En efecto, las funciones, el funcionamiento y la misma existencia del Senado o segunda cámara han sido regularmente objeto

---

* Investigadora del Instituto de Estudios Iberoamericanos de Hamburgo, Alemania (Mariana.Llanos@public.uni-hamburg.de).

** Este trabajo forma parte de un proyecto de investigación financiado por la Deutsche Forschungsgemeinschaft (DFG) sobre las funciones y el funcionamiento del Senado en Argentina, Brasil, Chile y Uruguay que se lleva a cabo en el Instituto de Estudios Iberoamericanos de Hamburgo, Alemania.

[1] Tsebelis. y Money (1997: 1).

[2] Tsebelis y Money (1997: 1) señalan que, a nivel mundial, alrededor de un tercio de los países tienen legislaturas bicamerales.

[3] En su capítulo “Parlamentos y Congresos”, Lijphart (1999: 202-3) afirma que los países con congresos unicamerales tienden a ser los más pequeños y ninguno de ellos es un sistema federal. Como vemos, esto sucede en América Latina con la excepción de Venezuela.

de debate y han aparecido de una manera u otra en varias de las agendas de reformas constitucionales de la década pasada: en los casos más extremos de Perú y Venezuela, las reformas concluyeron con la supresión de la cámara alta; en otros, como los de Argentina, Colombia y México, se modificaron aspectos cruciales del sistema de representación, de la organización y la renovación del cuerpo. Asimismo, tampoco están ausentes los casos en que la incorporación (como en Ecuador) o la abolición (como en Colombia) de una segunda cámara en el diseño institucional es materia de discusión actual.

En contraste con la extendida presencia que el diseño institucional bicameral tiene en el continente y la importancia que el papel de la segunda cámara adquirió en los recientes debates constitucionales, los estudios sobre el tema son sumamente escasos. Por un lado, la ya abundante literatura sobre las instituciones políticas de América Latina, nacida al compás del paradigma provisto por el "nuevo institucionalismo", se ha ocupado muy poco de las cuestiones vinculadas al bicameralismo, tales como las relaciones entre las cámaras del Congreso o el funcionamiento del Senado.[4] Por otra parte, la literatura comparativa reciente sobre bicameralismo prácticamente ha omitido el estudio de los casos latinoamericanos.[5]

El presente artículo se propone contribuir al conocimiento de las legislaturas bicamerales abordando el estudio de los sistemas latinoamericanos de manera exploratoria a través del análisis comparativo de los rasgos del sistema bicameral contenidos en los diseños constitucionales. Para ello, se han incluido todos los países de la región cuyas Constituciones actuales disponen la división del Poder Legislativo en dos cámaras: Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, México, Paraguay, República Dominicana y Uruguay. En la primera sección del trabajo se destaca que la mera división del Legislativo en dos cámaras no ha sido, ni en la teoría política ni en la práctica constitucional, el único rasgo institucional ligado al bicameralismo, sino, más bien, el punto de partida o el requisito mínimo del bicameralismo, al que se

---

[4] Algunos trabajos sobre América Latina han considerado indirectamente cuestiones vinculadas al bicameralismo, al ocuparse de temas como el sistema de representación (Jones, 1995), el federalismo (Stepan, 2001) y los frenos y contrapesos en la toma de decisiones (Shugart 2001).

[5] Los siguientes son libros comparativos publicados recientemente: Patterson y Mughan (1999) analizan los Senados de Estados Unidos, Australia, Canadá, Francia, Gran Bretaña, Italia, España y Polonia; Russell (2000) incluye siete segundas cámaras en su estudio —Canadá, Australia, Italia, Alemania, Francia, España, Irlanda— a fin de obtener conclusiones útiles para el caso de Gran Bretaña; Riescher, Ruß y Haas (2000), por su parte, comparan las cámaras altas de Estados Unidos, Suiza, Australia, Alemania, Austria, Sudáfrica, India, España, Bélgica, Canadá, Italia, Japón, Francia, Holanda, Gran Bretaña, Irlanda, Rusia, República Checa, Dinamarca, Suecia, Nueva Zelandia. Adicionalmente, algunas revistas han editado últimamente números especiales sobre el tema del bicameralismo, pero tampoco las segundas cámaras latinoamericanas aparecen —como en *Revue Internationale de Politique Comparée* (1999)— o no tienen más que un lugar secundario entre los casos en estudio —como en *The Journal of Legislative Studies* (2001).

agrega un número de rasgos complementarios que varía según los casos. Esta sección enumera dichos rasgos institucionales y explora las razones para su inclusión en los diseños constitucionales. La segunda sección señala, primero, los aportes y las carencias de algunos trabajos recientes que analizan sistemas bicamerales a partir de los diseños constitucionales y que incluyen los bicameralismos latinoamericanos entre sus casos de estudio. Luego se desarrolla el análisis comparativo de los diferentes elementos del bicameralismo en las Constituciones latinoamericanas, se identifican semejanzas y diferencias entre los casos y, mediante un sistema de puntajes, se clasifica a los Senados de América Latina en cuanto a su fortaleza o debilidad institucional. La sección final recoge las conclusiones.

II. Rasgos institucionales del bicameralismo

La división del Poder Legislativo en dos cámaras ha recibido al menos cuatro justificaciones por parte de la teoría institucional clásica: la representación de intereses distintos de los de la primera cámara, la contribución al sistema de pesos y contrapesos, el mejoramiento de la calidad de la producción legislativa y la producción de resultados legislativos más estables.[6] En efecto, por un lado, la estructura bicameral ha sido frecuentemente utilizada para acomodar los intereses de distintas *constituencies* o simplemente intereses que tendían a divergir unos de otros a fin de promover, de este modo, una legislación basada en un mayor consenso político y social. Así, la mayoría de las cámaras altas representan y han representado algún interés distinto de "la gente" (aunque sus legisladores sean elegidos de modo directo), que puede estar vinculado con intereses de clase, de minorías o de tipo territorial. Por otra parte, el bicameralismo ha sido defendido por su contribución a la preservación de la libertad y los derechos individuales al duplicar los controles del Poder Legislativo sobre los actos del gobierno y al ofrecer contrapesos frente al peligro de una tiranía de la mayoría o una "tiranía de la cámara baja".[7] Mediante la imposición de controles al Poder Ejecutivo y la cámara baja, el bicameralismo refuerza el sistema de pesos y contrapesos. Finalmente, la inclusión de una segunda cámara en el diseño constitucional crea, por un lado, un sistema de corrección de errores, o de control de calidad, basado principalmente en la evaluación reiterada de la legislación por dos cuerpos legislati-

---

[6] Sobre las justificaciones para la inclusión de una segunda cámara en el diseño constitucional en la literatura más reciente, consultar, entre otros, M. Cotta (1974), L. Longley y D. Olson (1991), S. Patterson y A. Mughan (1999), J. Mastias y J. Grangé (1987), W. Riker (1992), J. Rogers (2001), M. Russell (2001), S. Schüttemeyer y R. Sturm (1992), D. Shell (1998), Tsebelis y Money (1997).

[7] El derecho de las cámaras de controlarse mutuamente ha sido destacado particularmente como modo de protección para los casos en que las dos cámaras representan intereses distintos (Montesquieu) pero también por el temor de que una legislatura numerosa pueda caer en "pasiones violentas" y sea controlada por líderes facciosos (*The Federalist Papers*, principalmente el nº 62).

vos distintos;[8] por otra parte, al complejizar el proceso de aprobación de nuevas leyes, el bicameralismo otorga garantías de estabilidad en la producción legislativa.[9]

En consecuencia, la obtención de los propósitos mencionados en el párrafo anterior, o de algunos de ellos, ha servido como justificación para la división del Poder Legislativo en dos cuerpos deliberativos.[10] Sin embargo, la mayoría de los teóricos y constitucionalistas clásicos interpretaron también que la incorporación del bicameralismo a un sistema institucional era sólo una condición mínima para alcanzar dichos propósitos y que, mediante la adición de otros dispositivos institucionales, se podía mejorar e incluso preservar la eficacia del bicameralismo en el cumplimiento de sus objetivos. De este modo, al estudiar el bicameralismo es imprescindible tener en cuenta la existencia de estos otros rasgos institucionales que complementan el de la partición de las deliberaciones legislativas en dos cámaras. Dichos rasgos, que comentaremos en seguida, pueden reunirse en dos grandes grupos: en primer lugar, un conjunto de dispositivos institucionales tendientes a acrecentar las diferencias entre ambas cámaras, que se basan en el supuesto de que los objetivos de promoción del consenso político, control de la calidad legislativa y estabilidad en la producción de legislación son mejor atendidos cuanto más difieren las cámaras en su composición.[11] En segun-

---

[8] Tsebelis y Money (1997: 40) explican que el control de calidad descansa no sólo en la idea de que una cámara corrige los errores que han sido cometidos por la otra, sino también en la idea preventiva de que el productor se vuelve más cuidadoso al saber que alguien más examinará el producto.

[9] El bicameralismo fue pensado también para librar a la producción legislativa de la inestabilidad que producen los cambios de personal, de preferencias y lo que se conoce como "el ciclo de la votación". Este último se produciría en legislaturas unicamerales con un sistema de votación de mayoría donde pueden llegar a formarse distintas mayorías con preferencias alternativas que tienen iguales posibilidades de derrotar el *statu quo,* conduciendo a resultados legislativos cíclicos e inestables. Este riesgo se reduciría notablemente con la introducción de otra cámara legislativa que deba prestar acuerdo en la sanción de la legislación, ya que es muy probable que este segundo cuerpo no tenga preferencias políticas idénticas a las del otro. Sobre el ciclo de la votación se puede consultar Tsebelis y Money (1997), y también Levmore (1992) para una explicación de por qué el problema del ciclo de votación se resuelve mejor con el bicameralismo que con una legislatura unicameral con un sistema de votación de supermayorías.

[10] Cabe tener presente que, como lo indican los dos tercios de las legislaturas que optaron por una estructura unicameral, las justificaciones del bicameralismo no son aceptadas sin discusión. Por el contrario, en el debate bicameralismo contra unicameralismo también se han resaltado los aspectos negativos del primero (véase Cotta, 1974): una segunda cámara puede provocar parálisis y frustrar la voluntad de la "verdadera" mayoría presente en la primera cámara; una segunda cámara es una desviación del modelo ideal de representación basado en la soberanía popular; una segunda cámara produce demoras en el proceso de toma de decisiones. En el presente artículo se destacan las interpretaciones positivas, ya que una visión negativa del bicameralismo no habría conducido a su incorporación en el diseño constitucional de los países en estudio. Esto no quita que el funcionamiento real de los sistemas en la práctica haya llegado a desarrollar alguno o varios de los aspectos negativos.

[11] Consultar al respecto Rogers (2001: 125). Asimismo, la diferencia en la conformación de las cámaras es una de las variables —que oscila entre los extremos de la "congruencia" y la "incongruencia"— rescatadas por Lijphart (1999) en su clasificación de los bicameralismos. La otra variable cen-

do término, un conjunto de dispositivos vinculados al papel del Senado en el proceso legislativo y en el control del Poder Ejecutivo que tienden a fortalecer el sistema de pesos y contrapesos. Así como en el punto anterior la mayor eficacia en el cumplimiento de las metas del bicameralismo se asocia con las diferencias en la composición de ambas cámaras, aquí se subraya la igualdad de las competencias de ambas cámaras como la mejor garantía para el ejercicio de las funciones de control.

Con respecto al primer grupo de características, como es sabido, el bicameralismo ha estado frecuentemente ligado a la representación de intereses distintos en ambas cámaras. El "gobierno mixto" británico, al decir de Montesquieu, caracterizado por la representación de intereses de clases distintas (los nobles y los comunes), es un ejemplo elocuente que se suma a otros, como el uso de la cámara alta para la representación de los estados en el sistema federal de los Estados Unidos y la protección de los intereses minoritarios de los grupos lingüísticos en Bélgica. Sin embargo, aun en aquellas legislaturas que no buscan representar diferentes categorías de ciudadanos y que eligen a ambos cuerpos sobre una base poblacional, los constitucionalistas se han preocupado por otorgar distintas actitudes colectivas a cada cámara aplicando un método de elección distinto (por ejemplo, una cámara se compone de representantes de distritos uninominales u otra de distritos plurinominales) y/o recurriendo a dispositivos institucionales como los de elecciones no simultáneas, diferentes períodos de mandato y diferente tamaño de las cámaras. En su estudio de cincuenta y tres bicameralismos, Tsebelis y Money (1997) no encontraron casos en que los métodos de selección de legisladores fueran completamente idénticos, con lo cual el sistema electoral o método de selección es señalado por los autores como un dispositivo central en el fomento de la incongruencia entre las cámaras con el objetivo más probable de promover un consenso político más amplio en la producción legislativa.

No obstante, si bien la acomodación de intereses distintos ha sido la justificación más importante para el bicameralismo, la obtención de otros objetivos —en particular, los de la estabilidad y el mejoramiento de la calidad de la producción legislativa— han invitado también a sumar factores institucionales tendientes a acrecentar las diferencias en la conformación de ambas cámaras. Muchos constitucionalistas pensaron que, para mejorar la calidad de la producción legislativa, la doble evaluación de la legislación por las dos cámaras no era suficiente y agregaron otros mecanismos destinados a que la cámara alta estuviera compuesta de legisladores más "sabios" que la cámara baja. Lo mismo se realizó para reducir la inestabilidad de la producción legislativa ligada a los cambios de personal y de preferencias. Las disposiciones adicionales orientadas a cumplir estos dos objetivos pueden listarse de la siguiente manera: a) un mínimo de edad mayor para la cámara alta que para la cámara baja, a fin de que la

---

tral en el análisis de este autor se refiere a las "simetrías" y "asimetrías" de funciones de ambas cámaras. De ésta también nos ocuparemos a continuación.

cámara alta esté integrada por legisladores con opiniones más formadas y que se encuentran en un estadio más avanzado de sus carreras políticas; b) criterios de selección de senadores que involucran alguna evaluación de *expertise*; c) la elección indirecta de senadores para obtener, según se explica en *The Federalist* nº 62, una designación selecta y, en el caso de países federales, para proveer un lazo entre el gobierno federal y los provinciales; d) períodos de cargo más largos para la cámara alta a fin de desarrollar pericia, acumular experiencia, crear mayor independencia de opinión (con respecto al partido porque no tienen que enfrentar reelecciones tan seguido) y proveer estabilidad; e) una renovación parcial de la segunda cámara para ganar estabilidad; f) un tamaño menor de la segunda cámara para favorecer la comunicación interpartidaria y evitar las pasiones repentinas y violentas de las asambleas numerosas. Estos dispositivos, sumados a los de representación que mencionábamos en el párrafo anterior, contribuyeron a acentuar la incongruencia entre las cámaras, al tiempo que otorgaron a la cámara alta un tenor más exclusivo y conservador.

Pasemos ahora al segundo grupo de dispositivos institucionales, esto es, a aquéllos vinculados con los objetivos del bicameralismo de reforzar el sistema de controles. Tanto en el viejo como en el nuevo institucionalismo prevalece un acuerdo general en cuanto a que el bicameralismo crea un sistema de pesos y contrapesos. Sin embargo, también se argumenta que, dada la evolución de las segundas cámaras en los últimos siglos, las funciones de control son mejor desempeñadas cuando ambas cámaras tienen, por un lado, los mismos poderes constitucionales para participar en el proceso legislativo, es decir, las mismas facultades de presentar, modificar y rechazar proyectos de ley y, por otro, la misma dotación constitucional de atribuciones para el ejercicio del control político del Ejecutivo.[12] De modo que, en el caso de atribuciones similares para ambas cámaras, estaríamos frente a una legislatura *simétrica*, según la denominación de Arendt Lijphart, o frente a un *veto player*, que, como ha explicado Tsebelis, es un actor (en este caso, un actor institucional) que puede bloquear la adopción de una política.[13] En cambio, si la cámara alta sólo tuviera facultades para demorar el pasaje de legislación y, sobre todo en los sistemas parlamentarios, cuando el gabinete es responsable sólo ante la cámara baja, estamos frente a legislaturas *asimétricas*, con Senados sin "poder de veto formal".

Esta cuestión remite, inmediatamente, a los diferentes métodos que establecen las Constituciones para resolver los eventuales desacuerdos entre las cámaras con respecto a un proyecto de ley. En este sentido es importante observar si, en la búsqueda de una superación de divergencias, la "simetría" del bicameralismo se mantiene o si el sistema favorece a alguna de las cámaras en especial. El método más común de

---

[12] Sobre la distinción analítica entre control legislativo y control político, se puede consultar Sartori (1987: 189).

[13] Tsebelis (1995).

resolución de divergencias es el sistema *shuttle* o *navette*, que es de naturaleza bicameral porque, al requerir la aprobación de la legislación por cada cámara, las trataría en un pie de igualdad. Pero también existen otros métodos —las comisiones mixtas, las sesiones conjuntas y las decisiones de una sola cámara (métodos unicamerales)— que, en general, sirven para complementar al sistema *navette* y pueden tener como efecto asimetrías en las legislaturas.[14] En el caso de las comisiones mixtas, ambas cámaras designan un número de delegados que se reúnen para procurar un consenso actuando como un miniparlamento unicameral. El grado de simetría de la legislatura dependerá en gran medida del número de delegados a este comité, pues, si la representación de las cámaras es proporcional a su tamaño, el Senado, al ser menor que la cámara baja, sale desfavorecido en las votaciones. Lo mismo acontece, por un lado, con la sesión conjunta de ambas cámaras, que sería, en principio, una solución asimétrica a favor de la cámara baja porque tiene más miembros y, asimismo, cuando una cámara es decisiva, porque en general es ésta la cámara baja —aunque puede suceder también que la Constitución estipule que la cámara decisiva sea la de origen—. Las asimetrías que producen estos métodos no son extremas, ya que su carácter es, en general, complementario. Por ejemplo, el sistema *navette* consiste en que un proyecto de ley "viaja" entre las cámaras hasta llegar a un acuerdo sobre una versión única: la cámara que primero aprueba un proyecto lo pasa a la otra; si la segunda cámara ratifica la legislación, el proceso termina, pero si la segunda cámara modifica la legislación, ésta vuelve a la cámara de origen. Sin embargo, puede suceder que, a pesar de los "viajes" de la legislación, los desacuerdos prevalezcan, por lo que las Constituciones pueden estipular que la legislación caduque, o especificar el número de rondas, u ordenar que, en última instancia, entre en funcionamiento otro sistema de resolución de desacuerdos. En consecuencia, las disposiciones constitucionales sobre la resolución de conflictos entre las cámaras contribuyen, como veremos, a la conformación de una escala o continuo de simetría-asimetría de legislaturas.

Asimismo, es importante no dejar de tomar en cuenta otros dispositivos institucionales que se vinculan también con la eficacia del sistema de controles. Por un lado, las Constituciones pueden respetar la igualdad de ambas cámaras en cuanto a iniciativa legislativa de los proyectos, o puede suceder que se privilegie alguna cámara —por ejemplo, en los casos en que la Constitución dicta que la legislación financiera debe ingresar por la cámara baja—. En casos como éste, la simetría entre cámaras se altera porque los derechos de una cámara en el proceso legislativo se restringen si ésta sólo puede actuar como cámara revisora y no como cámara de origen. Por otra parte, algunas Constituciones otorgan a la Cámara de Diputados mayores atribuciones para ejercer el control político de los actos del poder ejecutivo. El instrumento del voto de censura, característico de los sistemas parlamentarios pero también presente en algu-

[14] Cabe agregar que algunas constituciones incluyen el llamado a elecciones para que los ciudadanos decidan sobre el tema.

nos sistemas presidenciales de América Latina, es a menudo una prerrogativa de la cámara baja. Otras Constituciones, en cambio, procuran mantener un equilibrio entre las cámaras otorgando a ambas iguales atribuciones, sea para ejercer el voto de censura, interpelar ministros, requerir informes escritos o formar comisiones de investigación. En América Latina, además, se han diferenciado las funciones de ambas cámaras en una búsqueda de especialización que apuntaría a mejorar el funcionamiento del sistema de controles. Siguiendo el ejemplo de la Constitución norteamericana, se requiere la cooperación del Senado para diversas designaciones de funcionarios como un reaseguro frente a las inclinaciones e intereses privados del Ejecutivo y el peligro de actos de corrupción.[15] Asimismo, existe una división de tareas en cuanto al juicio político: en general: a la cámara baja le corresponde acusar y a la cámara alta, juzgar. Estas dos últimas atribuciones no han sido parte constitutiva de las definiciones de simetría legislativa en la literatura sobre el tema, quizás porque tales estudios han prestado poca atención a los casos latinoamericanos donde éstas se destacan. Para nuestro estudio tienen, por esta misma razón, una importancia nada desdeñable.

A modo de conclusión, el diagrama 1 sintetiza los rasgos o dispositivos institucionales ligados al bicameralismo que han sido descritos en esta sección. Estos rasgos pueden agruparse, como hemos explicado, en torno de los conceptos de *incongruencia* y *simetría* tomados de Lijphart.

Diagrama 1
Dispositivos institucionales del bicameralismo que fomentan la incongruencia entre las cámaras

1 Representación de intereses provinciales y minoritarios en la cámara alta.
2 Representación poblacional en ambas cámaras, pero con distritos y fórmula electoral distinta.
3 Representantes no electos (hereditarios o designados) en la cámara alta.
4 Elecciones indirectas de senadores.
5 Diferente tamaño de los cuerpos (menor la cámara alta).
6 Mínimo de edad mayor para legisladores de la cámara alta.
7 Requisitos mínimos de *expertise* para la cámara alta.
8 Diferente duración de mandatos (más largos para la cámara alta).
9 Renovación parcial de la cámara alta.
10 Elecciones no simultáneas de ambas cámaras.

[15] *The Federalist Papers*, nº 76.

Dispositivos institucionales del bicameralismo que fomentan la simetría de ambas cámaras

11 El Senado puede presentar proyectos de ley, modificar o rechazar cualquier legislación.
12 Origen indistinto de los proyectos de ley en ambas cámaras.
13 Sistemas de resolución de desacuerdos entre las cámaras de naturaleza bicameral.
14 Instrumentos de control del Poder Ejecutivo semejantes para ambas cámaras.
15 Participación del Senado en nombramientos de funcionarios.
16 División bicameral de tareas para el juicio político.

III. El bicameralismo en las Constituciones latinoamericanas

Como hemos afirmado al comienzo de este artículo, son pocas las referencias a los bicameralismos de América Latina en una literatura sobre el tema que es abundante y creciente. No obstante, en contraste con la falta de estudios de caso y análisis de la práctica institucional, existen algunos intentos de clasificación de los bicameralismos latinoamericanos a partir de los rasgos institucionales adoptados por las Constituciones. A nuestro entender, el aporte de estos trabajos al conocimiento de la institución es significativo, aunque sugiere también algunos comentarios.

Podemos comenzar considerando el trabajo de Tsebelis y Money (1997), quienes exploran las diferencias institucionales en casi la totalidad de las legislaturas bicamerales existentes (53 países de 56) y para ello se basan en dos dimensiones. Por un lado, se refieren al método de selección (hereditario, por nombramiento, elección indirecta, elección directa) y a la categoría de ciudadanos representados (ciudadanos, unidades geográficas, profesiones, minorías étnicas), con el propósito de evaluar el grado de congruencia entre las cámaras altas y bajas de los parlamentos bicamerales. Por otra parte, una segunda dimensión captura la diversidad de estos parlamentos en relación con los mecanismos para resolver las diferencias entre las cámaras, a saber, el sistema *navette*, la comisión conjunta, la sesión conjunta, la última decisión en manos de una cámara y elecciones. A partir del análisis de estas variables, los autores concluyen que las legislaturas bicamerales de América Latina son, como todos los otros casos, incongruentes, y que se encuentran, asimismo, entre los casos de mayor simetría, debido a que no hay países donde la cámara baja tenga la última palabra y sólo en los casos de Bolivia y Brasil (y en la Constitución venezolana anterior a la actual) predomina un método unicameral de resolución de conflictos.[16] En consecuencia, si-

[16] Según explican los autores (Tsebelis y Money, 1997: 54-69), el método de resolución de desacuerdos entre las cámaras usado en América Latina es el *navette*, que es complementado por la comisión mixta en Chile y Colombia y la sesión conjunta en Bolivia, Brasil y Venezuela. No hay casos en que

guiendo el análisis de Tsebelis y Money, estaríamos frente a bicameralismos fuertes en América Latina, o semifuertes en los últimos dos casos.

Otros dos trabajos llegan a conclusiones similares. Schiavon construye una tipología sobre división de poderes en el Poder Legislativo tomando como base las variables de Lijphart: la distribución de poderes constitucionales formales entre las cámaras (iguales o desiguales), el método de selección de la cámara alta (elección o designación) y la fórmula de elección de la cámara alta que se traduce en su composición. Obtiene así cinco tipos: tipo 1, unicameralismo; tipo 2, bicameralismo asimétrico y congruente; tipo 3, bicameralismo asimétrico e incongruente; tipo 4, bicameralismo simétrico y congruente; tipo 5, bicameralismo simétrico e incongruente. Tomando estos tipos como base, el autor clasifica todos los casos del continente, inclusive los correspondientes a las islas del Caribe, y también Constituciones que ya no están en vigencia. De acuerdo con este análisis, los casos que interesan a nuestro estudio corresponden al tipo 5, con la excepción de Uruguay y Paraguay, que pertenecen al tipo 4 por tener legislaturas simétricas pero congruentes. Por su parte, Patterson y Mughan (2001) reúnen información sobre las funciones y poderes legislativos asignados por la Constitución de treinta y seis cámaras altas, incluyendo algunos casos latinoamericanos: Argentina, Brasil, Chile, Colombia, México y Venezuela (bajo la Constitución anterior). Luego, ubican los casos en un *continuum* que va de los simétricos (donde las dos cámaras ejercen los mismos poderes y funciones) a los asimétricos (donde una cámara está subordinada a la otra). Así, construyen cinco categorías, en las que los Senados latinoamericanos se sitúan en las tres más cercanas a la simetría: *igual a la cámara baja* (México); *igual con restricciones* (Argentina); *poderes exclusivos limitados y veto* (Brasil, Chile, Colombia, Venezuela). No se observan bicameralismos latinoamericanos en las dos categorías siguientes de *demora y asesoramiento* y *subordinación a la cámara baja*. Como en los trabajos anteriores, se sugiere aquí que estamos ante cámaras altas poderosas que funcionan en un plano de igualdad o de casi igualdad con la cámara baja.

El principal aporte de estos trabajos consiste en permitirnos ubicar, en términos generales, a los sistemas bicamerales de América Latina en perspectiva comparada respecto de otros casos fuera del continente, distinguiéndolos principalmente por la fortaleza legislativa del Senado con respecto a los poderes de la cámara baja. A partir de ellos sabemos que los casos latinoamericanos se encuentran en algún punto en torno del *bicameralismo fuerte* o *casi fuerte*, según la terminología empleada por Lijphart. No obstante, estos análisis no son de demasiada utilidad en el estudio comparativo intrarregional, porque cada autor llega a conclusiones distintas respecto a la ubicación exacta de los casos en ese grupo de cámaras altas poderosas. En efecto, si a

---

la cámara baja sea la decisiva; es decisiva la cámara de origen en Argentina, Brasil, República Dominicana y México.

partir de Tsebelis y Money, Bolivia y Brasil son casos de bicameralismo medio debido a que el método de resolución de conflictos es unicameral, tomando como base a Schiavon los bicameralismos medios son los de Paraguay y Uruguay, considerados por este autor simétricos pero congruentes. Con poderes limitados aparecen, en cambio, en la clasificación de Patterson y Mughan, Brasil, Chile, Colombia y Venezuela, porque sus poderes constitucionales son más restrictivos con relación a la legislación financiera.[17] En conclusión, si nuestra intención es incrementar el conocimiento de la institución bicameral en América Latina, tenemos que avanzar un poco más por sobre el aporte que los estudios sobre el tema ya han realizado.

A nuestro entender, el problema reside o bien en los indicadores que se utilizan o en la forma en que los autores definen y miden los niveles de simetría y congruencia. En este sentido es importante recordar, con Lijphart, que las cámaras altas y bajas difieren de muchas maneras.[18] Los trabajos citados, por su parte, se concentran en dos o tres variables exclusivamente o en caracterizaciones generales ("*it is an exercise of boundary drawing, not a detailed mapping of the role played in government by individual senates, or types or senates*").[19] Es verdad, como también afirma Lijphart, que hay diferencias entre las cámaras que no son significativas porque de ellas no depende la fortaleza o debilidad del bicameralismo. No obstante, cuando se trata de comparar casos de fortaleza aproximadamente similar, como los de nuestro estudio, parece que sólo considerando un número elevado de variables la clasificación puede tornarse más precisa.

Esta advertencia ya es efectuada de algún modo por Tsebelis y Money al referirse a la congruencia en la conformación de las cámaras. En efecto, los autores afirman que, aun en el caso de que las dos cámaras lleguen a parecerse mucho políticamente, la congruencia política no debe identificarse con identidad de posiciones, y esto sucede porque las opiniones pueden variar aun dentro del mismo partido, o por diferencias en el tipo de electorado que representan, o por distintas reglas de decisión en cada cámara.[20] Lo cierto es que si, para medir la congruencia o incongruencia entre dos cámaras, se toma como base sólo el método de elección, el estudio puede llegar a concluir erróneamente que dos cámaras se parecen. Si, en cambio, basamos la compa-

---

[17] Patterson y Mughan (2001: 43) no explican cuáles son las restricciones exactas pero probablemente están considerando que la legislación de cuestiones impositivas tiene, en estos casos, a la cámara baja como cámara de origen. No obstante, si éste fuera el sentido de su interpretación, Argentina y México también tendrían que ser incluidos en esta categoría.

[18] Lijphart (1999: 203).

[19] Patterson y Mughan (2001: 51).

[20] Tsebelis y Money (1997: 53) hallan que, a pesar de que todos los bicameralismos presentan diferencias en el método de elección de ambas cámaras, en los casos donde se usa la representación proporcional o semiproporcional las cámaras pueden llegar a parecerse mucho políticamente. Como explican, la semejanza política no cancela las diferencias entre las cámaras.

ración en ésta y otras dimensiones, las conclusiones pueden ser otras. Por este motivo, parece más útil desagregar los elementos de la incongruencia y comparar los casos en función de todos esos elementos, los que, por otra parte, son también rasgos que se desprenden del análisis de los diseños constitucionales, como hemos sintetizado en el diagrama I. De este modo, si hoy sabemos que los sistemas bicamerales latinoamericanos son incongruentes, un análisis detallado de los rasgos constitucionales nos permitirá saber si algunos son más incongruentes que otros e hipotetizar sobre los posible efectos de tales niveles de incongruencia. El mismo proceder cabe, por cierto, para las dimensiones vinculadas a la simetría y la asimetría en un sistema bicameral.

En consecuencia, el estudio que proponemos en las próximas páginas toma como base los dispositivos institucionales listados en el diagrama de la sección anterior y observa si ellos se encuentran presentes o no en las Constituciones de cada país bicameral de América Latina. A tal efecto, continuamos agrupando estos dispositivos según su vinculación con la incongruencia o la simetría legislativa pero, a fin de facilitar el análisis comparativo, los transformamos en variables, cuyos valores máximos e intermedios agregan puntos a favor de la incongruencia o simetría legislativas, según el caso, mientras que el valor cero señala los casos opuestos de congruencia o asimetría. De modo que, como veremos en seguida, a mayor cantidad de valores máximos en las variables, mayor el nivel de incongruencia y de simetría legislativas, y, en consecuencia, mayor fortaleza del sistema bicameral. Asimismo, en caso de que alguna variable en particular sea considerada de mayor importancia para la definición de incongruencia o simetría legislativas, se le otorgará un puntaje mayor que a las demás. Con este sistema de "puntajes" procuraremos demostrar cómo, a pesar de que, como sabemos, todos los bicameralismos latinoamericanos exhiben altos niveles de incongruencia y simetría, existen diferencias importantes que permiten ordenarlos más precisamente y extraer algunas conclusiones útiles como punto de partida para un análisis de su funcionamiento práctico en una etapa posterior.

1. Los niveles de la incongruencia del sistema bicameral

Una vez más, el análisis constitucional indica que los congresos bicamerales de América Latina exhiben un nivel considerable de incongruencia. El máximo al que puede arribar ese nivel de incongruencia se desprende del análisis que efectuamos en esta sección y que presentamos en el cuadro 1. La primera columna de ese cuadro presenta las variables que definen la incongruencia legislativa, algunas de las cuales están constituidas por subvariables. La variable más importante es la que corresponde al sistema electoral (variable 1), compuesta por cuatro subvariables. Las variables 3 (requisitos para ser electo senador) y 5 (renovación de las cámaras) se encuentran compuestas por dos subvariables. Los valores de estas variables se exponen en las columnas paralelas (una para los valores de la incongruencia extrema, otra para los valores intermedios y una última para la congruencia). Con la excepción de la variable relativa al sistema electoral, cuyo valor máximo (la suma de los valores máximos

de las subvariables que la componen) llega a 8 puntos, hemos otorgado el mismo peso a todas las demás, dándoles el puntaje máximo de 4 (o de 2 más 2 puntos, en el caso de las variables compuestas de dos subvariables). Creemos que esta diferencia en el peso de las variables refleja mejor la idea de que el sistema electoral es una variable central en la definición de la congruencia o incongruencia de los bicameralismos. No obstante, nuestra clasificación también constata la presencia de otras variables, comúnmente ignoradas en los estudios sobre el tema, a las que se otorga un peso menor pero un peso al fin. De este modo, una legislatura bicameral con una incongruencia extrema alcanzaría un máximo de 24 puntos.

Cuadro 1
Puntajes para la incongruencia legislativa

Variables de la incongruencia legislativa	Valores máximos: extrema incongruencia	Valores Intermedios: mediana incongruencia	Valor negativo: congruencia
1) Sistema electoral			
1.a) Circunscripciones y fórmula electoral	2: distintas para ambas cámaras	1: parcialmente distintas, parcialmente superpuestas	0: las mismas en ambas cámaras
1.b) Representación de minorías especiales	2: las minorías ocupan más del cinco por ciento de la cámara alta	1: las minorías ocupan menos del cinco por ciento de la cámara alta	0: no hay minorías especiales representadas
1.c) Senadores no electos	2: las bancas de senadores designados o hereditarios ocupan más del cinco por ciento de la cámara alta	1: las bancas de senadores designados o hereditarios ocupan menos del cinco por ciento	0: la cámara alta se compone de senadores electos
1.d) Elecciones indirectas	2: la elección de senadores es indirecta	—	0: la elección de diputados y senadores es directa
2) Tamaño de las cámaras			
	4: el senado equivale a un tercio o menos del tamaño de la cámara baja	2: el senado equivale a más de un tercio del tamaño de la cámara baja	0: ambas cámaras tienen el mismo tamaño
3) Requisitos para ser electo senador			
3.a) Edad del senador	2: más de nueve años mayor que el diputado	1: entre uno y nueve años mayor que el diputado	0: igual edad que la del diputado
3.b) Otros requisitos para ser senador	2: requisitos más exigentes para ser senador que diputado	—	0: iguales requisitos para senadores y diputados
4) Duración del mandato			
	4: el mandato del senador dura el doble que el del diputado	2: el mandato del senador dura más, pero no llega a duplicar el del diputado	0: los mandatos de senadores y diputados son iguales
5) Renovación de las cámaras			
5.a) Escalonamiento de la elección del Senado	2: renovación escalonada	—	0: renovación total
5.b) Elecciones simultáneas	2: las cámaras no se eligen simultáneamente	—	0: las cámaras se eligen simultáneamente
Puntaje total	**24**	**9**	**0**

Sobre las bases sentadas en el cuadro anterior, podemos pasar ahora al análisis de los casos latinoamericanos. Comencemos por el sistema electoral.

En todos los sistemas bicamerales de América Latina los métodos de elección de los integrantes de las cámaras alta y baja son diferentes, por lo cual estamos ante casos de bicameralismo incongruente. En efecto, del total de nueve sistemas bicamerales, cuatro cámaras altas otorgan igual representación por provincia, estado o departamento —los tres países federales (Argentina, Brasil y México) más un país unitario, Bolivia—;[21] tres países (Colombia, Paraguay y Uruguay) eligen a sus senadores en circunscripción única nacional; un país (República Dominicana) aplica el sistema de mayoría relativa en circunscripciones uninominales; y, finalmente, Chile, suma los senadores electos en 19 circunscripciones binominales a un total de 10 senadores nombrados (nueve representantes institucionales y un expresidente). Ninguno de estos métodos de elección concuerda con los de la cámara baja, lo cual no impide que, como ya hemos advertido, los resultados electorales puedan llegar a producir ocasionalmente mayorías parecidas en las dos cámaras.[22] Los casos de Chile, con su número significativo de senadores nombrados (subvariable 1.c), y de Colombia, con sus dos senadores elegidos por las comunidades indígenas (subvariable 1.b), reciben un puntaje superior a los demás en esta variable, como se indica en el diagrama 2.[23] La última cuestión de la variable *sistema electoral* corresponde a la elección indirecta de los senadores (variable 1.d), la cual no se observa en ninguno de los casos. Pero no es por esto una variable ajena al continente ni anacrónica, ya que, por ejemplo, Argentina tuvo elecciones indirectas de senadores (electos por las legislaturas provinciales) hasta que éstas fueron reemplazadas por la elección directa en la reforma electoral de 1994.

---

[21] México varía un poco la representación igualitaria por estado al agregar a los tres senadores por estado 32 bancas en circunscripción única nacional.

[22] Consultar el final del trabajo el Apéndice I, donde hemos efectuado un cuadro comparativo de los sistemas electorales de las cámaras altas y bajas.

[23] La constitución chilena estipula como senadores nombrados a los siguientes: los ex presidentes de la República que hubieran desempeñado su cargo por seis años de manera continua, dos ex ministros de la Corte Suprema elegidos por ésta, un ex contralor de la República también elegido por la Corte Suprema, un ex comandante en jefe del Ejército, uno de la Armada, otro de la Fuerza Aérea y un ex general director de Carabineros elegidos por el Consejo de Seguridad Nacional; un ex rector de universidad estatal o reconocida por el Estado, designado por el presidente de la República; un ex ministro de Estado designado también por el presidente de la República (artículo 45 de la Constitución).

Diagrama 2
Incongruencia legislativa en América Latina

Variable	Argentina	Bolivia	Brasil	Chile	Colombia	México	Paraguay	Rep. Dominicana	Uruguay
1.a	2	2	2	2	2	2	2	2	2
1.b	0	0	0	0	1	0	0	0	0
1.c	0	0	0	2	0	0	0	0	0
1.d	0	0	0	0	0	0	0	0	0
2	4	4	4	2	2	4	2	4	4
3.a	1	2	2	2	1	2	2	0	1
3.b	2	0	0	0	2	0	0	0	2
4	2	0	4	4	0	4	0	0	0
5.a	2	0	2	2	0	0	0	0	0
5.b	2	2	2	2	2	2	2	2	2
Total	**15**	**10**	**16**	**16**	**10**	**14**	**8**	**8**	**11**

Pasemos, entonces, a comentar los resultados observados en el resto de las variables. En efecto, por un lado, la variable 2 en el diagrama 2 indica que las dos cámaras difieren en tamaño: en todos los casos el Senado es menor que la Cámara de Representantes y, en la mayoría de los casos, significativamente menor (menos de la tercera parte).[24] Por otro lado, los requisitos que demanda la Constitución para ser legislador (variable 3 en el diagrama) agregan puntos adicionales de incongruencia entre las cámaras. Por cierto, en la mayoría de los casos (con la sola excepción de la República Dominicana) se requiere un mínimo de edad mayor para ser senador que para ser diputado (variable 3.a). La diferencia de edad entre senadores y diputados es mayor de nueve años en cuatro de los casos, y en Chile y Brasil llega a diecinueve y catorce años, respectivamente. Son los senadores dominicanos y mexicanos los más jóvenes, con el mínimo requerido de 25 años, y los chilenos, los mayores, con el mínimo de 40. En un número menor de Constituciones se observan requisitos adicionales al mí-

[24] Para mayor información sobre las Cámaras de Representantes y los Senados de América Latina consultar los apéndices II y III al final del capítulo.

nimo de edad para ser electo senador (variable 3.b): Argentina y Uruguay, en el caso de ciudadanos naturalizados, demandan más años de ciudadanía que los necesarios para ser diputado, mientras que en Colombia la Constitución estipula que para ser senador hay que ser ciudadano de nacimiento.[25] La Constitución colombiana dispone, además, que los dos senadores elegidos en representación de las comunidades indígenas acrediten con un certificado haber ejercido un cargo de autoridad en su comunidad u organización. No obstante, el caso más notable en este aspecto es el de Argentina, que a los requerimientos de un mínimo de 30 años de edad, seis años de ciudadanía y dos años mínimos de residencia en la provincia que representa agrega el de "disfrutar de una renta anual de dos mil pesos fuertes o de una entrada equivalente" (artículo 55). Es llamativo que la cláusula pecuniaria de este artículo, tomado de la vieja Constitución de 1853, no fuera alterada durante la reforma constitucional de 1994. Cabe pensar, entonces, que los constitucionalistas argentinos de hoy siguen concibiendo a los senadores como una elite, definida también en función de sus ingresos.

Queda entonces considerar las últimas dos variables: la duración de los mandatos (variable 4) y la renovación de las cámaras (variable 5). En cuanto a la duración de los mandatos, la teoría espera que éstos difieran en ambas cámaras para otorgar a los senadores una permanencia mayor en su cargo. De todos modos, sólo cuatro países (Argentina, Brasil, Chile y México) cumplen esta condición en sus Constituciones: en los tres últimos el mandato del senador duplica al del diputado; en el de Argentina, el mandato del senador dura dos años más. En cuanto a la renovación del cuerpo, en América Latina no se observa la elección simultánea de las dos cámaras (variable 5.b), por lo que todos los casos reciben dos puntos adicionales.[26] Las diferencias aparecen, en cambio, en la variable 5.a. Al respecto, la teoría espera que la renovación de las cámaras altas sea parcial —normalmente, que se renueve sólo la mitad o un tercio del cuerpo—, a fin de evitar la traducción institucional completa y automática de los cambios producidos en un determinado resultado electoral. En este sentido, tanto la permanencia mayor en los cargos como la renovación parcial del cuerpo darían al Senado el papel de garante de la continuidad y estabilidad de la producción legislativa. No obstante, la renovación escalonada se da sólo en tres de los casos latinoamericanos: en Argentina se renueva un tercio del Senado cada dos años; en Brasil, uno o dos tercios del Senado alternativamente cada cuatro años; en Chile, la porción del Senado compuesta por senadores electos se renueva por mitades cada

[25] La cuestión de la ciudadanía ha estado normalmente vinculada al papel que tienen algunos Senados en la negociación de tratados internacionales y declaraciones de guerra.

[26] La elección simultánea tiene lugar en casos como Islandia y Noruega, donde se elige una sola legislatura y ésta se divide en dos cuerpos luego de la elección (ver Tsebelis y Rasch, 1995).

cuatro años, los senadores designados duran ocho años y los expresidentes tienen un mandato de carácter vitalicio.[27]

De este modo, sobre el trasfondo común de bicameralismos incongruentes en toda América Latina, se destacan Argentina, Brasil y Chile como los casos en los que las Constituciones apelaron a mayor cantidad de mecanismos para acentuar la desigualdad entre los cuerpos. En otras palabras, si se diera el caso de que las cámaras terminaran pareciéndose políticamente después de algún resultado electoral, en estos países podría esperarse una actuación diferenciada de las dos cámaras en el proceso legislativo con más claridad que en los casos restantes. Asimismo, si en la mayoría de los casos los dispositivos institucionales del bicameralismo parecen haber apuntado, principalmente, al objetivo de lograr un espíritu colectivo disímil en ambos cuerpos legislativos, los casos particulares de Argentina y Chile, y en especial de este último, reciben de sus Constituciones un carácter conservador más acentuado.

2. Mecanismos de reconciliación y simetría del sistema bicameral

Hemos podido constatar los niveles de incongruencia en los congresos bicamerales latinoamericanos. Y es en estos sistemas, en que las cámaras difieren en su composición, donde los desacuerdos en torno a la legislación son más esperables y, por lo tanto, donde adquieren particular importancia las provisiones constitucionales sobre el poder legislativo de las cámaras altas y las reglas que rigen la interacción entre las cámaras para la superación de las divergencias.[28] En el cuadro 2 describimos las variables a través de las cuales evaluamos los niveles de simetría de las legislaturas bicamerales de América Latina. Como en el caso de la incongruencia, las variables están compuestas de tres valores que indican simetría máxima, intermedia o asimetría, con un puntaje máximo de 18 puntos. El cuadro incluye tres variables vinculadas a los poderes de control legislativo del Senado (atribuciones legislativas, origen de los proyectos, resolución de desacuerdos sobre legislación) y dos relacionadas con el control político. De estas últimas, la cuarta variable se divide en dos (participación del Senado en nombramientos, otros instrumentos de control) y la quinta es la única de todas las variables de la simetría cuyo puntaje máximo llega sólo a dos, ya que, a nuestro entender, en la cuestión del juicio político no se da exactamente una simetría de funciones sino una división de tareas entre las cámaras. Nótese, asimismo, que la subvariable 4.a parece mostrar, en los casos en que el Senado participa en los nombramien-

---

[27] En Argentina, la renovación escalonada no sólo se aplica al Senado sino también a la Cámara de Diputados, que se renueva por mitades cada dos años, con lo cual ésta pasa a ser, según Molinelli, Palanza y Sin (1999: 56), "la única asamblea en el planeta cuya cámara baja se renueva parcialmente". A pesar de que las elecciones de diputados y senadores pueden tener lugar en la misma fecha, su impacto institucional divergirá: en la cámara baja afectará al cincuenta por ciento de las bancas; en el Senado, al treinta y tres por ciento del total.

[28] Véase Tsebelis y Rasch (1995: 367).

tos de funcionarios, una *asimetría a favor del Senado*, porque no se observan atribuciones similares para la cámara baja.

Cuadro 2
Puntajes para la simetría legislativa

Variables de la simetría legislativa	Valores máximos: simetría	Valores intermedios: simetría moderada	Valor negativo: asimetría
1) Atribuciones legislativas de los Senados			
	4: El Senado puede modificar o rechazar cualquier legislación, así como presentar sus propios proyectos de ley en cualquier área temática.	2: Los poderes legislativos del Senado (presentar, modificar, rechazar proyectos de ley) están restringidos a ciertas áreas temáticas.	0: El Senado sólo demora el pasaje de la legislación. Sus decisiones pueden ser revocadas por la cámara baja.
2) Origen de los proyectos de ley	4: Origen indistinto en ambas cámaras, o ambas cámaras son origen exclusivo de ciertos temas.	2: La Cámara de Diputados es cámara exclusiva de origen de algunos temas.	0: Todos los proyectos ingresan por la Cámara de Diputados.
3) Resolución de desacuerdos sobre legislación			
	4: En caso de desacuerdos, el sistema mantiene la simetría entre ambas cámaras.	—	0: En caso de desacuerdos, el sistema favorece la decisión de la cámara baja.
4) Instrumentos de control del Poder Ejecutivo			
4.a) Participación del Senado en nombramientos de funcionarios	2: El Senado participa en el nombramiento de más de cuatro categorías de cargos.	1: El Senado participa en el nombramiento de menos de cuatro categorías de cargos.	0: El Senado no participa de nombramientos
4.b) Otros instrumentos de control	2: Ambas cámaras gozan de los mismos instrumentos de control del Poder Ejecutivo.	1: La Cámara de Diputados cuenta con más instrumentos de control que el Senado.	0: La Cámara de Diputados cuenta con todos los instrumentos de control.
5) División bicameral de tareas para el juicio político			
	2: La Cámara de Senadores es jurado de sentencia en caso de juicio político.	—	0: El Senado no tiene atribuciones en el juicio político
Puntaje total	**18**	**6**	**0**

La primera variable se refiere a las atribuciones que tienen las cámaras altas para participar en el proceso de elaboración de las leyes. En este aspecto, todos los casos latinoamericanos coinciden en el puntaje más elevado, ya que el Senado cuenta con las atribuciones de presentar sus propios proyectos de ley y de participar en la elaboración de todas las leyes, modificando o rechazando las propuestas. En las variables restantes aparecen divergencias. En la variable 2, que clasifica a los países según el origen de los proyectos, la mayoría de los casos obtiene un puntaje máximo, porque o bien ambas cámaras sirven indistintamente de origen a los proyectos de ley (como en República Dominicana y Uruguay) o ambas tienen derecho al origen exclusivo de ciertos temas (Argentina, Chile, Colombia, Paraguay). Tres casos reciben, en cambio, un puntaje intermedio: Brasil, porque sólo la cámara baja tiene la prerrogativa de ser origen de ciertos temas, y Bolivia y México, porque el contraste entre lo que ingresa

por el Senado y aquello que entra por la cámara baja es muy grande. En México, el Senado es la cámara responsable para el origen y sanción individual de los tratados internacionales, pero la cámara baja, además de ser el origen de varios temas, tiene a su cargo la sanción individual del presupuesto de egresos.

En cuanto a los métodos previstos en la Constitución para la resolución de divergencias entre las cámaras (variable 3), los casos podrían clasificarse en tres grupos pero, aun dentro de cada uno de éstos, puede haber diferencias importantes en el funcionamiento de los sistemas. Lo cierto es que en el primer grupo, integrado por Argentina, México, Paraguay y República Dominicana, se recurre al sistema *navette* más puro y el bicameralismo mantiene una perfecta simetría porque no se da prioridad a una cámara sobre otra, sino, en todo caso, a la cámara de origen. Dicho esto aparecen las diferencias. En Argentina, un proyecto de ley puede tener hasta tres lecturas en caso de desacuerdo, y predominará la opinión de la cámara de origen o de la cámara revisora, según sea el tamaño de la mayoría que votó el proyecto en cada cámara (mayoría absoluta de los presentes o dos terceras partes de los presentes). En Paraguay, el número probable de lecturas es mayor y los procedimientos varían si la cámara revisora rechaza totalmente o modifica parcialmente. No obstante, en la decisión final también juega un papel central el tamaño de la mayoría en cada cámara. En República Dominicana, en cambio, no se estipula ninguna regla vinculada al tamaño de las mayorías; simplemente, los viajes de una cámara a otra tienen punto final en la segunda lectura de la cámara revisora, sea con la aprobación final o el rechazo del proyecto. En México, un proyecto también puede viajar varias veces y, al igual que en Paraguay, los procedimientos están diferenciados según éste sea rechazado en su totalidad o modificado en la cámara revisora, aunque en la decisión final no tiene peso el tamaño de la mayoría que aprueba en cada cámara. Una diferencia importante entre los casos anteriores y el de México consiste en que en éste, si el desacuerdo prevalece en torno a algunos puntos, ambas cámaras pueden convenir, por mayoría absoluta de sus miembros presentes, que se expida la ley sólo con los artículos aprobados.

El segundo grupo está integrado por Chile y Colombia, que recurren al mecanismo de la comisión mixta para la resolución de divergencias. A pesar de la intervención de ésta, los desacuerdos siguen resolviéndose dentro del sistema bicameral, porque dicha comisión es sólo una instancia de discusión y la decisión final la toman las cámaras separadamente. En efecto, la Constitución colombiana estipula que, en caso de discrepancias entre las cámaras respecto de un proyecto, ambas integrarán comisiones accidentales que, reunidas conjuntamente, prepararán el texto que será sometido a decisión final en sesión plenaria de cada cámara. Si después de la repetición del segundo debate persisten las diferencias, el proyecto se considera negado. En Chile, el sistema es un poco más complicado porque en la superación de desacuerdos entre las cámaras intervienen, además del sistema *navette* y la comisión mixta, el Poder Ejecutivo y mayorías especiales. No obstante, el sistema mantiene su simetría como en el caso anterior. En efecto, tanto en el caso del rechazo total de un proyecto por la

cámara revisora como en el de enmiendas parciales, se da intervención a una comisión mixta, compuesta por igual número de senadores y diputados, que intentará superar los desacuerdos. Sin embargo, si éstos persisten, intervendrá el Poder Ejecutivo para darle a la cámara de origen la posibilidad de insistir en la sanción de su proyecto, aunque esta vez con una mayoría especial de dos tercios de los miembros presentes; si esta mayoría no se logra, entonces tiene la decisión la cámara revisora, también por una mayoría de dos tercios.

Los tres casos restantes, Bolivia, Brasil y Uruguay, cuentan con una tercera arena legislativa para la adopción de decisiones: el congreso nacional o sesión conjunta de ambas cámaras. No obstante, esta instancia cumple funciones distintas en cada caso. En Bolivia y Uruguay, la sesión conjunta es el mecanismo previsto en la Constitución para la resolución de desacuerdos (aunque tiene también otras atribuciones). De tal manera, estos países optan por una solución de carácter unicameral. Por cierto, la Constitución boliviana dispone que las cámaras se reunirán en congreso en el caso de que la cámara revisora haga modificaciones que no sean aceptables para la cámara de origen. Si el proyecto es aprobado en dicha reunión de congreso, será remitido al Ejecutivo para su promulgación como ley; mas si resulta desechado, no podrá ser propuesto de nuevo sino en una de las legislaturas siguientes. En Uruguay, el procedimiento es similar, a saber: si la cámara de origen no acepta las modificaciones de la cámara revisora, solicita la reunión de ambas cámaras, pero las decisiones adoptadas en esta reunión se toman con una mayoría de dos tercios de los votos. Podría pensarse quizás que esta mayoría especial protege la intervención del Senado en las votaciones. No obstante, como el Senado uruguayo tiene un tamaño significativamente menor que la Cámara de Diputados, quedaría subrepresentado en las sesiones conjuntas —la mayoría de dos tercios podría llegar a formarse con miembros de la cámara baja solamente—. Por este motivo, Bolivia y Uruguay reciben en nuestra escala de simetría-asimetría el puntaje menor.

En Brasil, la sesión conjunta sirve a fines distintos que en los casos anteriores, ya que ciertos proyectos de ley siguen el trámite ordinario de revisión de una cámara tras otra, pero otros son tratados directamente en sesión conjunta. En efecto, en estas últimas se tratan los vetos presidenciales, leyes relacionadas con el presupuesto y medidas provisorias, aunque a partir de la enmienda constitucional nº 32 de 2001 las medidas provisorias pasaron a ser tratadas por las dos cámaras separadamente. De todos modos, el funcionamiento de las sesiones conjuntas no rompe la simetría bicameral porque, si bien son conjuntas las deliberaciones, los votos se recogen separados por cámara.[29] En cuanto al procedimiento ordinario de trámite legislativo, la Constitución prevé hasta tres lecturas en caso de desacuerdo sobre las enmiendas de la cámara

[29] Backes (1999: 16) explica: "Si bien las sesiones son conjuntas, las votaciones se recogen separadamente. En cada votación la Mesa pregunta: '¿Cómo vota la Cámara?', '¿Cómo vota el Senado?', recogiéndose los resultados para cada cámara. Aquello que no fuera aprobado por alguna de las dos cámaras es inmediatamente abatido y no puede ser resucitado".

revisora, con la palabra final en manos de la cámara de origen. Esto ha llevado a muchos especialistas a afirmar que el bicameralismo brasileño favorece a la cámara baja porque la mayoría de los proyectos ingresa a través de ella (véase Anexo II). No obstante, en nuestra clasificación, Brasil recibe también el puntaje más alto en materia de resolución de desacuerdos porque, primero, las sesiones conjuntas mantienen la votación de las cámaras separadamente y, segundo, la cuestión del predominio de la cámara baja debido al origen de los proyectos ya ha sido capturada por la variable 2, en la que sí hemos otorgado a Brasil un puntaje menor.

En este paisaje variado de métodos *navette*, comisiones mixtas, sesiones conjuntas y mayorías especiales, la mayor parte de los países bicamerales de América Latina recibe el puntaje máximo de simetría legislativa, ya que solamente Uruguay y Bolivia quedan como los casos más asimétricos. Pero, a fin de sacar nuestras conclusiones finales sobre la simetría legislativa, debemos considerar aún las variables vinculadas al control del Poder Ejecutivo. Una facultad típica de los Senados latinoamericanos es la de participar con su consentimiento en el nombramiento de funcionarios de diversos organismos del Estado y del Poder Judicial, así como también en el ascenso de militares. No obstante, algunos Senados intervienen en más nombramientos que otros, razón por la cual hemos dado a algunos el puntaje más alto y a otros el puntaje intermedio (Argentina, Chile, Colombia, República Dominicana) en nuestro diagrama 3. Con respecto a las otras atribuciones de control (subvariable 4.b), éstas son otorgadas en pie de igualdad en todas las Constituciones latinoamericanas, con la única excepción de Chile, cuya Constitución asigna la función fiscalizadora a la Cámara de Diputados y prohíbe expresamente que ésta sea realizada por el Senado, sus comisiones o demás órganos. Al ser Chile el único caso que muestra una asimetría en este tema, no recibe el puntaje otorgado a los demás países.

Cabe mencionar en este punto que la solicitud de voto de censura de los ministros del Poder Ejecutivo es una facultad presente en varias Constituciones (Bolivia, Colombia, Uruguay y Argentina, aunque en este último caso sólo para el jefe de gabinete de ministros) y compartida de igual manera por la cámara alta y la baja, que pueden indistintamente reclamar el comienzo de este procedimiento. No obstante, aparecen algunas diferencias en cuanto a la decisión final: en Bolivia, ésta es tomada por mayoría simple en la cámara que inició el proceso, sin necesidad de contar con el concurso de la otra cámara; en Colombia y Uruguay, la decisión final se toma en sesión conjunta, con diferencias en la forma de votación: en Colombia se respeta el procedimiento bicameral porque una moción de censura requiere de la aprobación de la mayoría absoluta de los miembros de cada cámara, mientras que en Uruguay se requiere la mayoría absoluta de votos del total de componentes de la asamblea general. Debido a esto Uruguay recibe el puntaje intermedio, porque, al ser menor que la Cámara de Diputados, el peso del Senado en la decisión final resulta menor. En Argentina y Paraguay, en cambio, la decisión corresponde a las dos cámaras separadamente, cada una en votación con mayoría especial.

Diagrama 3
Simetría legislativa en América Latina

Variable	Argentina	Bolivia	Brasil	Chile	Colombia	México	Paraguay	Rca. Dominicana	Uruguay
1	4	4	4	4	4	4	4	4	4
2	4	2	2	4	4	2	4	4	4
3	4	0	4	4	4	4	4	4	0
4.a	1	2	2	1	1	2	2	1	2
4.b	2	2	2	0	2	2	2	2	1
5	2	2	2	2	2	2	2	2	2
Total	**17**	**12**	**16**	**15**	**17**	**16**	**18**	**17**	**13**

En conclusión, luego de considerar todas las variables vinculadas con la simetría parlamentaria, los países que resultaron con mayor puntaje fueron Paraguay (con 18 puntos) y Argentina, Colombia y República Dominicana (con 17). Los casos más asimétricos son Bolivia (12 puntos) y Uruguay (13). El resultado final indica, entonces, que estamos frente a legislaturas ubicadas por encima de lo que sería una simetría moderada, con varios casos que alcanzan casi el puntaje máximo posible, aunque también con dos casos claros en los que el Senado puede ver afectado su poder de veto. Para finalizar, quizás merece una mención especial el caso de Chile, por ser muy simétrico en lo que se refiere a poderes de control legislativo pero poco dotado de poderes de control político. El único punto vinculado al control político en que Chile iguala a los otros casos es el referente al juicio político, en el cual, por otra parte, todos los países coinciden.

IV. Conclusión

Luego de la descripción realizada en la sección anterior sobre los rasgos del bicameralismo en las Constituciones latinoamericanas vigentes, podemos concluir, en primer lugar, que América Latina es básicamente la región de las simetrías parlamentarias. Por cierto, es también la región de las incongruencias, pero, como se ha probado que ésta es una característica común a todos los bicameralismos, nos parece más relevante resaltar la primera. Creemos, entonces, que el estudio regional contribuye al conocimiento de las instituciones políticas porque es posible conectarlo con otras instituciones como el federalismo y el presidencialismo. Respecto a la relación del bicameralismo con el federalismo, ha sido una afirmación habitual en la literatura que las cámaras altas más fuertes corresponden a sistemas federales. Con nuestro

estudio podemos argumentar que las simetrías en legislaturas bicamerales no son patrimonio exclusivo de los federalismos, dado que seis de los nueve casos considerados corresponden a sistemas unitarios. Patterson y Mughan (2001), por ejemplo, concluyen que las cámaras altas más fuertes corresponden todas a sistemas federales, mientras que entre los sistemas unitarios sólo encontraron a Italia, con un poder legislativo comparable. Nuestro trabajo permite sumar países unitarios al caso simétrico de Italia. En cuanto a la relación del bicameralismo simétrico con el presidencialismo, a partir de lo observado en la región podría afirmarse que existe una mayor afinidad entre los bicameralismos simétricos y los sistemas presidenciales, que entre aquéllos y los regímenes parlamentarios. Los casos de Bolivia y Uruguay no contradicen esta afirmación porque su asimetría no es total.

Luego de estas observaciones generales, pasemos al segundo punto de estas conclusiones, que se vincula con las diferencias observadas entre los casos. El siguiente gráfico sintetiza el desarrollo de las páginas anteriores, mostrando cómo bicameralismos simétricos e incongruentes pueden también variar entre sí y que estas variaciones no son necesariamente insignificantes (oscilan entre puntajes máximos de 18 y mínimos de 8 y 9).

Resulta interesante, en este punto, retomar las justificaciones del bicameralismo a que nos referíamos al comienzo de este trabajo. El bicameralismo ha sido asociado en la teoría política a los objetivos de representar intereses distintos de los de la primera cámara, contribuir al sistema de pesos y contrapesos, mejorar la calidad de la producción legislativa y producir resultados legislativos más estables. ¿A qué objetivos está asociado el bicameralismo en América Latina? ¿Con qué propósito ha sido consagrado en cada Constitución?

Los resultados obtenidos en los casos de Bolivia y Uruguay son los de fortaleza mínima de la institución en el continente. La baja simetría muestra que esos Senados no siempre estarán en condiciones de ejercer su poder de veto sobre la legislación: si bien la Constitución les ha otorgado poderes legislativos importantes, no ha tomado los suficientes recaudos para que, en caso de conflictos, la posición del Senado sea respetada en un plano de igualdad con la de la Cámara de Diputados. Si a esto se suma que estas Constituciones tampoco han cuidado de incorporar las muy variadas dimensiones de la incongruencia, entonces es posible que las posiciones de ambas cámaras no resulten muy diferenciadas. Así, en estos casos el bicameralismo sólo parece estar bien equipado para ejercer el control de calidad de la legislación a través de la doble evaluación consecutiva en cada cámara. Algo parecido podría esperarse de otros dos casos, Paraguay y República Dominicana. Aunque sus Constituciones se preocuparon por otorgar a ambas cámaras prerrogativas similares en la producción de la legislación, han limitado al mínimo la diversificación en las variables de la incongruencia, razón por la cual es esperable que, con mayorías políticas parecidas, ambas cámaras terminen replicando su comportamiento. De modo que la contribución del bicameralismo en este caso también se reduciría al control de calidad de la producción legislativa.

En el extremo opuesto se encuentra Argentina, que es el caso en que los puntajes en ambas dimensiones del bicameralismo resultaron más altos. El Senado argentino está constitucionalmente equipado para actuar como un verdadero *veto player* y es previsible que las situaciones de desacuerdo con la Cámara de Diputados sean habituales, que haya demora y parálisis en la producción legislativa. Los casos restantes combinan puntajes intermedios con puntajes altos, sea de simetría o de incongruencia: Colombia está entre los más simétricos pero tiene un nivel casi bajo de incongruencia, y Brasil y Chile están entre los casos intermedios en cuanto a simetría, pero muestran los niveles más altos de incongruencia. En estos casos, como en el de Argentina, es posible esperar una actuación diferenciada de los parlamentarios de la cámara alta y los de la baja. Las Constituciones han procurado la representación de intereses distintos en el Senado, un perfil distinto de legislador y garantías de estabilidad. En Argentina y Chile las diferencias entre las cámaras se superarán en un pie de igualdad, predominando, en todo caso, la cámara de origen. Si éste es el caso en Brasil y México, es probable que la cámara baja tenga más posibilidades de imponer su opinión por ser, en muchos casos importantes, cámara de origen.

Con estas herramientas estamos, entonces, en condiciones de abordar el estudio del desempeño de los sistemas bicamerales latinoamericanos en la práctica política. Esta sumará otras variables no menos importantes que el diseño constitucional, como el sistema de partidos. Estudios posteriores dirán si el sistema de partidos es capaz de anular las dimensiones del bicameralismo en su totalidad o, en todo caso, qué dimensiones son más vulnerables a sus efectos. Con el análisis emprendido en estas páginas podemos, no obstante, sostener la hipótesis de que eso no será fácil, al menos en los cuatro casos descritos en el párrafo anterior.

Apéndice I
Sistemas electorales de los Legislativos bicamerales

	Cámara baja	Cámara alta
Argentina	24 circunscripciones plurinominales, lista cerrada y bloqueada, sistema D'Hont.	3 senadores por provincia más Capital Federal: 2 bancas para el partido más votado, una para la primera minoría.
Bolivia	68 circunscripciones uninominales y 9 plurinominales, lista cerrada y bloqueada, sistema D'Hont y mayoría relativa .	3 senadores por departamento: 2 bancas para el partido más votado, una para la primera minoría.
Brasil	27 circunscripciones plurinominales, lista abierta, cociente electoral y media mayor.	3 senadores por estado y distrito federal, sistema de mayoría relativa.
Chile	60 circunscripciones binominales, lista cerrada y no bloqueada, las bancas son para las dos mayorías más votadas.	19 circunscripciones binominales: bancas para las dos mayorías más altas, senadores nombrados.
Colombia	33 circunscripciones plurinominales, lista cerrada y bloqueada, cociente electoral simple y resto mayor.	Circunscripción única nacional, cociente simple con método del resto mayor, 2 bancas para comunidades indígenas.
México	300 circunscripciones uninominales y 5 circunscripciones plurinominales, listas cerradas, mayoría relativa, resto mayor.	3 senadores por estado más distrito federal: 2 bancas para el partido más votado, una para la primera minoría, 32 bancas en circunscripción única nacional por representación proporcional.
Paraguay	4 circunscripciones uninominales y 14 plurinominales, lista cerrada y no bloqueada, mayoría relativa, cociente electoral simple, resto mayor.	Circunscripción única nacional, listas cerradas, método D'Hont.
Rep. Dominicana	16 circunscripciones binominales y 14 plurinominales, lista cerrada y bloqueada , método D'Hont.	Circunscripciones uninominales, sistema de mayoría relativa.
Uruguay	19 circunscripciones plurinominales, doble voto simultáneo.	30 senadores en circunscripción única nacional, lista cerrada y bloqueada, método D'Hont.

Fuente: D. Nohlen, S. Picado, D. Zovatto (1998: 162-175).

Apéndice II
Rasgos institucionales de la incongruencia legislativa

País	Diferencia de edad	Otros requisitos para ser senador	Elección	Duración en el cargo	Renovación del cuerpo	Tamaño del cuerpo
Argentina 1994	Senador 30 años, diputado 25 años.	Sí (más años ciudadanía, mínimo de ingresos).	Directa.	Senador 6 años, diputados 4 años.	Parcial (un tercio cada dos años).	72 senadores, 257 diputados.
Brasil	Senador 35 años, diputado 21 años.	No.	Directa.	Senador 8 años, diputado 4 años.	Parcial (uno o dos tercios alternativa. cada cuatro años).	81 senadores, 513 diputados.
Bolivia 1994	Senador 35 años, diputados 25 años.	No.	Directa.	Senador 5 años, diputado 5 años.	Total.	27 senadores, 130 diputados.
Chile 2001	Senador 40 años, diputado 21 años.	No, pero incluye miembros designados.	Directa.	Senador 8 años, diputado 4 años.	Parcial, de senadores electos (cada 4 años).	48 senadores, 120 diputados.
Colombia 1997	Senador 30 años, diputado 25 años.	Sí (colombiano de nacimiento, certificado de la organización para los representantes indígenas).	Directa.	Senador 4 años, diputado 4 años.	Total.	102 senadores, 163 diputados.
México	Senador 25 años, diputado 21 años.	No.	Directa.	Senador 6 años, diputado 3 años.	Total.	128 senadores, 500 diputados.
Paraguay 1992	Senador 35 años, diputado 25 años.	No.	Directa.	Senador 5 años, diputado 5 años.	Total.	46 senadores, 80 diputados.
República Dominicana	Senador 25 años, diputado 25 años.	No. Sí (más años ciudadanía).	Directa.	Senador 4 años, diputado 4 años.	Total.	30 senadores, 120 diputados,
Uruguay 1997	Senador 30 años, diputado 25 años.		Directa.	Senador 5 años, diputado 5 años.	Total.	30 senadores, 99 diputados.

Apéndice III
Rasgos institucionales de la simetría legislativa

	Excepciones al origen indistinto en ambas cámaras		Instrumentos de control		Participación del Senado en nombramientos
	Diputados	**Senado**	**Diputados**	**Senado**	
Argentina 1994	Contribuciones, reclutamiento de tropas.	Coparticipación, desarrollo provincial y regional.	Interpelación, solicitud moción de censura al jefe de gabinete de ministros.	Interpelación, solicitud moción de censura al jefe de gabinete de ministros.	Corte Suprema, tribunales inferiores, diplomáticos, militares.
Bolivia	Contribuciones, presupuesto, planes de desarrollo, empréstitos, fuerza militar.	Aprueba tributos municipales individualmente.	Informes escritos, interpelación, voto de censura.	Informes escritos, interpelación, voto de censura.	Militares, jefe de policía nacional, diplomáticos, contralor general, superintendente de Bancos.[1]
Brasil	Proyectos del presidente, corte suprema, tribunales superiores, iniciativa popular.	—	Interpelación, informes escritos, comisiones de investigación.	Interpelación, informes escritos, comisiones de investigación.	Magistrados, Tribunal de Cuentas, Banco Central, procurador general, diplomáticos, agencias regulatorias.
Chile	Contribuciones, presupuestos, reclutamiento.	Amnistía e indultos.	Solicitar informes, efectuar observaciones escritas.	—	Ministros y fiscales de la Corte Suprema, fiscal nacional, un miembro del Tribunal Constitucional, contralor general de la República.[2]
Colombia 1991	Impuestos.	Relaciones internacionales.	Informes escritos, interpelación, solicitud voto de censura.	Informes escritos, interpelación, solicitud voto de censura.	Corte Constitucional, militares, Procurador General de la Nación.[3]
México	Origen: empréstitos, contribuciones, reclutamiento de tropas, ley de ingresos, presupuesto, aprueba sola presupuesto de egresos.	Aprueba tratados internacionales individualmente.	Interpelación, comisiones de investigación.	Interpelación, comisiones de investigación.	Procurador general, ministros, diplomáticos, empleados superiores de Hacienda, militares, Suprema Corte, Tribunal Electoral, Consejo de la Judicatura Federal, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, Banco Central, gobernadores y jefe del Distrito Federal en caso de emergencia.

Paraguay	Legislación departamental y municipal, discusión presupuesto.	Tratados internacionales.	Informes escritos, interpelación, comisiones investigadoras, solicitud voto de censura.	Informes escritos, interpelación, comisiones investigadoras, solicitud voto de censura.	Militares, policía nacional, diplomáticos, magistrados, directores Banco Central, directores entes binacionales, fiscal general.[4]
Rep. Dominicana	—	—	Interpelación.	Interpelación.	Miembros de la Junta Central Electoral, miembros de la Cámara de Cuentas, diplomáticos.[5]
Uruguay	—	—	Informes escritos, interpelaciones, comisiones de investigación, solicitud voto de censura.	Informes escritos, interpelaciones, comisiones de investigación, solicitud voto de censura.	Militares, diplomáticos, Fiscal de Corte y Fiscales Letrados, Tribunales de Apelaciones, miembros de Directorios y Directores Generales, participación en destitución de funcionarios.[6]

(1) Los ministros de la Corte Suprema de Justicia, los magistrados del Tribunal Constitucional, los consejeros de la Judicatura, el Fiscal General de la República y el Defensor del Pueblo son designados por las cámaras reunidas en Congreso. Por su parte, la Cámara de Diputados participa de la designación de presidentes de entidades económicas y sociales en que participa el Estado.

(2) El Senado no participa en los nombramientos militares, que son prerrogativa exclusiva del presidente.

(3) El Senado no participa en los nombramientos diplomáticos, que son prerrogativa exclusiva del presidente.

(4) En la elección del Defensor del Pueblo y del Contralor y Subcontralor de la República participan tanto el Senado como la Cámara de Diputados,

(5) En la elección de la Suprema Corte participan tanto el Senado como la Cámara de Diputados.

(6) La elección de los miembros de la Suprema Corte de Justicia, de la Corte Electoral, del Tribunal de lo Contencioso-Administrativo y del Tribunal de Cuentas se realiza en reunión de ambas cámaras.

Bibliografía

BACKES, A. (1999), *Democracia e sobre-representação de regiões: o papel do Senado,* tesis de maestría en Ciencia Política, Universidad de Brasilia.

COTTA, M. (1974), "A Structural-Functional Framework for the Analysis of Unicameral and Bicameral Parliaments", *European Journal of Political Research*, vol. 2, pp. 201-224.

HAMILTON A., J. MADISON y J. JAY (1999), *The Federalist Papers*, Nueva York, Penguin Putnam.

JONES, M. (1995), *Electoral Laws and the Survival of Presidential Democracies*, Notre Dame, Londres.

LEVMORE, S. (1992), "Bicameralism: When Are Two Decisions Better than One?", *International Review of Law and Economics*, vol.12, pp.145-162.

LIJPHART, A. (1999), *Patterns of democracy: government forms and performance in thirty-six countries*, Yale, Yale University.

LONGLEY, L. y OLSON, D. (1991), *Two into One: The Politics and Processes of National Legislative Cameral Change*, Westview Press.

MASTIAS, J. y GRANGÉ, J. (1987), *Les Seconde Chambres du Parlement en Europe Occidentale*, París.

MOLINELLI G., V. PALANZA y G. SIN (1999), *Congreso, Presidencia y Justicia en Argentina*, Buenos Aires, Temas.

NOHLEN D., S. PICADO y D. ZOVATTO (1998), *Tratado de derecho electoral comparado de América Latina*, México, Fondo de Cultura Económica.

PATTERSON, S., y A. MUGHAN (2001), "Fundamentals of Institutional Design: The Functions and Powers of Parliamentary Second Chambers", *Jounal of Legislative Studies*, vol.7, nº 1, pp. 39-54.

PATTERSON, S., y A. MUGHAN (eds.) (1999), *Senates. Bicameralism in the Contemporary World*, Ohio, Columbus.

RIESCHER G., S. RUß y C. HAAS (eds.) (2000), *Zweite Kammern*, Múnich-Viena, Oldenbourg.

RICKER, W. (1992), "The Justification of Bicameralism", *International Political Science Review,* vol.13, nº 1, pp.101-116.

ROGERS, J. (2001), "An Informational Rationale for Congruent Bicameralism", *Journal of Theoretical Politics*, vol.13, nº 2, pp. 123-151.

RUSSELL, M. (2001), "What are Second Chambers for?", *Parliamentary Affairs*, vol. 54, pp. 442-458.

RUSSELL, M. (2000), *Reforming the House of Lords. Lessons from Overseas*, Oxford, Nueva York.

SARTORI, Giovanni (1987), *Elementi di teoria politica,* Bologna, Il Mulino.

SCHIAVON, Jorge (2002), *Bicameralism in Latin America: Does it make a difference?*, Paper delivered at the 2002 meeting of the American Political Science Association, Boston, Massachusetts, August 29 to September 1.

SCHÜTTEMEYER, S., y R. STURM (1992), "Wozu Zweite Kammern? Zur Repräsentation und Funktionalität Zweiter Kammern in westlichen Demokratien", *Zeitschrift für Parlamentsfragen*, vol. 23, nº 3, pp. 517-536.

SHELL, D. (1998), "Second Chambers", en *World Encyclopedia of Parliaments and Legislatures*, vol. II, pp. 848-853, Washington, Congressional Quarterly.

SHUGART, M. (2001), "Sistemas de gobierno en América Latina: frenos y contrapesos en una era de globalización", en F. CARRILLO FLÓREZ (ed.), *Democracia en déficit. Gobernabilidad y desarrollo en América Latina y el Caribe*, Washington D.C., Banco Interamericano de Desarrollo.

STEPAN, A. (2001), "Towards a New Comparative Politics of Federalism, (Multi)Nationalism, and Democracy: Beyond Rikerian federalism", en *Arguing Comparative Politics*, Nueva York, Oxford University Press.

TSEBELIS, G. (1995), "Decision Making in Political Systems: Veto Players in Presidentialism, Parliamentarism, Multicameralism and Multipartyism", *British Journal of Political Science*, vol. 25, pp. 289-325, Cambridge University Press.

TSEBELIS, G. y J. MONEY (1997), *Bicameralism*, Cambridge.

TSEBELIS, G. y B. RASCH (1995), "Patterns of Bicameralism", en H. DÖRING (ed.), *Parliaments and Majority Rule in Western Europe*.

Miguel Carbonell (México) *

El federalismo en México: principios generales y distribución de competencias

I. Breve nota histórica

El sistema federal fue adoptado por primera vez en México en la Constitución de 1824, que en su artículo 4 señalaba: "La nación mexicana adopta para su gobierno la forma de república representativa popular federal", y en el artículo siguiente mencionaba a las partes integrantes de la Federación. Durante el siglo XIX el federalismo mexicano sufrió, como casi todas las demás instituciones del país, varias crisis de anarquía. Tanto el desorden fiscal que producía la duplicidad de impuestos y las trabas arancelarias entre las entidades federativas, como la presencia de cacicazgos locales, dieron lugar a importantes exigencias para revertir el modelo federal y convertir a México al centralismo.

El tema fue incluso una cuestión central de la disputa entre los partidos políticos de ese tiempo. Los liberales luchaban por la implantación y el mantenimiento del federalismo, mientras que los conservadores tenían por bandera el centralismo[1] y lograron que éste se llegara a reconocer en algunos documentos constitucionales del siglo pasado.[2] A pesar de todo, desde la Constitución de 1857 el federalismo se ha mantenido como uno de los postulados fundamentales del constitucionalismo mexicano[3].

---

* Investigador en el Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México. Autor, entre otras obras, del libro *Elementos de Derecho Constitucional* (México, Fontamara, 2002).

[1] Felipe Tena Ramírez, *Derecho Constitucional mexicano*, 32ª ed., México, Porrúa, 1998, pp. 110-111; Luis F. Aguilar Villanueva, "El federalismo mexicano: funcionamiento y tareas pendientes", en Alicia Hernández Chávez (coord.), *¿Hacia un nuevo federalismo?*, México, FCE, 1996, p. 109.

[2] Véase la síntesis histórica que realiza, por ejemplo, Ignacio Burgoa, *Derecho Constitucional mexicano*, 7ª ed., México, Porrúa, 1989, pp. 421 y ss. Más recientemente, Alicia Hernández Chávez, "Las tensiones internas del federalismo mexicano" en ídem (coord.), *¿Hacia un nuevo federalismo?*, o. cit., pp. 15 y ss.

[3] Miguel Carbonell, "El Estado federal en la Constitución mexicana: introducción a su problemática", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nº 91, México, enero-abril de 1998, pp. 81-106.

Aunque, como es obvio, el modelo federal de la Constitución fue copiado de la Constitución norteamericana, en el caso de México, al revés de como sucedió en el país de origen de la institución, el federalismo no sirvió para conjuntar realidades anteriores y en cierta forma dispersas, sino para crear unidades descentralizadas dentro de un país con tradiciones fuertemente centralistas heredadas del periodo colonial[4] —implantando el llamado federalismo "segregativo" o "descentralizador"—.

II. Los significados del federalismo

La articulación de la República mexicana como un Estado federal impone una ordenación peculiar de las fuentes del Derecho en tanto otorga a los entes federados un espacio constitucionalmente garantizado, con mayor o menor amplitud, según se verá, de "autonomía normativa",[5] diferenciado del perteneciente a la Federación.

El federalismo supone el reconocimiento de la existencia de fuerzas distintas del poder central que tienen su propia sustantividad, y que en esa virtud reclaman un campo propio de acción jurídico-política traducido entre otras cosas en la posibilidad de crear por sí mismos normas jurídicas. Es una variante más del exuberante pluralismo de las sociedades actuales,[6] pluralismo territorialmente definido en el caso mexicano, que da lugar a la existencia de una pluralidad de fuentes.[7]

Aun así, el federalismo no es reducible a una noción puramente jurídica, sino que se basa en una forma especial de entender la asociación política dentro del Estado, la cual "desborda el marco del derecho constitucional".[8]

---

[4] Tena Ramírez, o. cit., p. 112 y Jorge Carpizo, "Sistema federal mexicano", en *Los sistemas federales del continente americano*, México, FCE, 1972, p. 469. La explicación de los dos tipos de procedimientos para llegar al federalismo, es decir, el que parte de la unidad para crear entidades descentralizadas y el que une realidades político-geográficas anteriormente dispersas, puede verse en Carl J. Friedrich, *Gobierno constitucional y democracia*, Madrid, 1975, pp. 386 y ss. (bibliografía adicional sobre el tema en Antonio La Pergola, *Los nuevos senderos del federalismo*, Madrid, CEC, 1994, p. 193, nota 1).

[5] Alessandro Pizzorusso, "Sistema delle fonti e forma di Stato e di governo", *Quaderni Costituzionali*, nº 2, 1986, pp. 231-232.

[6] Cf., en general, Marco G. Giugni, "Federalismo e movimenti sociali", *Rivista Italiana di Scienzia Politica*, Bolonia, nº 1 de 1996, pp. 147-170 y Miquel Caminal Badia, "Nacionalismo, federalismo y democracia territorial", *Claves de Razón Práctica*, nº 73, Madrid, junio de 1997, pp. 10-16.

[7] Gustavo Zagrebelsky, *Manuale di diritto costituzionale*. *Il sistema delle fonti* Turín, Utet, 1993 (reimpresión), p. XI; Alessandro Pizzorusso, "The law-making process as a juridical and political acticity", en ídem (ed.), *Law in the making. A comparative survey*, Berlín, Heildelberg, 1988, pp. 33, 64-65 y 85-86. La relación entre federalismo y democracia en Friedrich, op. cit., pp. 392-398.

[8] Georges Burdeau, *Tratado de Ciencia Política*, t. II (El Estado), vol. II (Las formas de Estado), México, UNAM, 1985, p. 181. El mismo autor agrega: "La idea federal busca hacer prevalecer una asociación de grupos […] la concepción federal de la autoridad es el corolario de una concepción de la sociedad comprendida como un conjunto articulado de agrupaciones de todos los órdenes", loc. cit. En el mismo sentido, Tania Groppi, *Rigiditá e mutamento costituzionale negli stati federali*, Siena, Universidad de Siena, 2000, pp. 72 y ss.

El federalismo responde, entre otras, a las siguientes tres necesidades:[9]

a. la de organizar política y racionalmente grandes espacios geográficos incorporando relaciones de paridad entre sus distintas unidades y suprimiendo las relaciones de subordinación empleadas en los imperios y colonias de los siglos pasados;
b. la de integrar unidades relativamente autónomas en una entidad superior, salvaguardando sus peculiaridades culturales propias;
c. la necesidad de dividir el poder para salvaguardar la libertad.[10] Tal como sucede con la división de los poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial, también se puede hacer una división "territorial" del poder, que se implementa a través de una partición funcional y competencial que diferencia los ámbitos posibles de actuación de cada nivel de gobierno.[11]

La importancia que tiene la división territorial del poder en el interior del Estado queda ilustrada con dos ejemplos, uno dentro de la misma Constitución mexicana y otro de una Constitución extranjera. El primero se encuentra en la equiparación de importancia que hace la Constitución mexicana, al definir la forma de Estado, entre republicanismo, democracia, representatividad y federalismo (artículo 40), donde la fórmula federal pesa tanto como, por ejemplo, la democracia. El segundo ejemplo se puede tomar de la Constitución alemana, que considera tan importante la división de Alemania en *Länder*, reconocida por la propia Constitución en sus artículos 20 y siguientes, que declara que tal decisión del Constituyente es irreformable por el poder revisor de la Constitución (artículo 79.3).[12]

En concreto en México, el federalismo ha servido, y puede servir con mayor intensidad en los próximos años, como atemperante del presidencialismo que se ha propiciado desde el sistema jurídico y político nacional. El federalismo permite que los partidos políticos que han sido derrotados en las elecciones presidenciales y legislativas federales luchen y ganen elecciones en el ámbito local y, con ello, se vayan ejercitando en el desempeño gubernativo y puedan desplegar las contraofertas que

---

[9] Manuel García Pelayo, *Derecho Constitucional comparado*, reimpresión de la 7ª ed., Madrid, Alianza, 1993, pp. 216-217.

[10] Cf. Juan Joaquín Vogel, "El régimen federal de la Ley Fundamental", en Benda, Maihofer, Vogel, Hesse y Heyde, *Manual de Derecho Constitucional*, Madrid, Marcial Pons, 1996, pp. 622-623; Groppi, op. cit., pp. 66 y ss.

[11] "Su sentido y esencia [del Estado federal] consisten en la preservación de la diversidad regional —que allí donde exista está históricamente determinada—, en las mayores posibilidades de despliegue de la pluralidad dentro de un marco humanamente abarcable, en la presencia de una mayor gama de posibilidades de comprometerse con el *bien común* —en suma, en la descentralización—. La implantación de un Estado federal exige una atribución diferenciada de responsabilidades, una delimitación de competencias sobre materias determinadas en favor de decisores autónomos". Vogel, op. cit., p. 621.

[12] E. Alberti Rovira, *Federalismo y cooperación en la República Federal de Alemania*, Madrid, CEC, 1986, pp. 67 y ss.

sostienen como programas futuros de acción desde la oposición federal.[13] Con el federalismo se multiplican los centros democráticos de decisión dentro del Estado.[14]

En la medida en que se vaya dando la integración de la oposición en las tareas de gobierno a escala local se puede lograr moderar el carácter excluyente del presidencialismo.[15] Además, a partir del control de un cada vez mayor número de legislaturas locales los partidos de oposición pueden ir condicionando los procedimientos de reforma constitucional, con toda la importancia que ello tiene en un país como México.[16]

III. La distribución de materias y el principio de competencia

El principio de competencia normativa es el que sirve para ordenar las relaciones entre los diversos centros de producción normativa dentro del Estado federal. Tal principio "consiste en acotar un ámbito material y encomendar su regulación a un determinado tipo de norma, de manera que los demás tipos de norma no pueden, en principio, incidir sobre dicha materia".[17]

Así pues, el principio de competencia crea una división de la capacidad normativa en dos ordenes materiales, uno federal y otro local, y establece una distribución de poder sobre una superficie horizontal.[18]

Indica además que cada fuente del Derecho a) tiene un campo de acción limitado y, en esa virtud, b) no puede regular más que las materias que entran en tal radio; para las demás materias se especifican o bien órganos distintos para su creación,[19] o bien,

---

[13] "El federalismo permite que partidos derrotados en el nivel nacional adquieran responsabilidades gubernamentales en los niveles inferiores, se integren al sistema, reduzcan su resentimiento y frustración frente a la derrota, debiliten su potencial antisistema, asuman una posición más dinámica que estática, gobiernen en vez de solamente oponerse y adquieran un sentido de la complejidad de los problemas sociales y de las tareas gubernamentales". Alonso Lujambio, *Federalismo y congreso en el cambio político de México*, prólogo de Diego Valadés, México, IIJ-UNAM, 1995, p. 23; en sentido parecido, Reinhold Zippelius, *Teoría general del Estado*, 2ª ed., trad. de Héctor Fix Fierro, México, IIJ-UNAM, Porrúa, 1989, p. 357.

[14] Vogel, op. cit., p. 622.

[15] Sobre tal carácter, Juan J. Linz, "Los peligros del presidencialismo", en Larry Diamond y Marc F. Plattner (eds.), *El resurgimiento global de la democracia*, trad. de Isabel Vericat, México, IIS-UNAM, 1996, pp. 107-109. Véase también, sobre el argumento, Juan Linz y Arturo Valenzuela (comps.), *Las crisis del presidencialismo I. Perspectivas comparadas*, Madrid, Alianza, 1997.

[16] Lujambio, op. cit., p. 24. Sobre la reforma constitucional en México, Miguel Carbonell, *Constitución, reforma constitucional y fuentes del Derecho en México*, 3ª ed., México, IIJ-UNAM, Porrúa, 2000, pp. 217 y ss.

[17] L. M. Díez-Picazo, "Competencia", *Enciclopedia Jurídica Básica*, Madrid, Civitas, 1995, p. 1183.

[18] Zagrebelsky, op. cit., p. 66.

[19] El ejemplo típico puede ser la división de materias propia del Estado federal, como se analiza enseguida.

si la competencia reside en el mismo órgano, procedimientos diferenciados para su ejercicio,[20] aunque en todo caso la competencia a favor de un tipo normativo excluye el resto de las normas de dicho ámbito de regulación al crear a favor de la primera una zona de *inmunidad material*;[21] en consecuencia, implica "un deber de respeto recíproco entre dos normas" que se relacionan a través de la distribución que de las capacidades normativas realiza la Constitución.[22]

En clave histórica el principio de competencia puede ser visto como el propósito de ir quitando terreno a la omnipotencia reguladora de la ley (y por tanto al papel predominante del Parlamento), pues cada vez que opera este principio "significa que la Constitución ha reconocido fuentes más idóneas que la ley respecto de ciertas materias, lo que es otra consecuencia de la pérdida del primer puesto por la ley en el sistema de las fuentes".[23]

Para complementar lo anterior se puede decir que el principio de competencia no sólo actúa para distribuir poderes normativos entre dos ordenamientos diferenciados —como el federal y el local— sino que también lo hace hacia dentro de cada uno de ellos. Tal es el caso de la reserva que la Constitución mexicana prevé, de acuerdo con el principio de autonormación del Parlamento,[24] para que el Congreso de la Unión regule mediante una ley sui géneris su estructura y funcionamiento internos (artículo 70 párrafos 2 a 5).

---

[20] Como ejemplo puede mencionarse el caso de las leyes orgánicas en el ordenamiento español. Algunos autores, como Juan Alfonso Santamaría Pastor, sitúan al principio de especialidad procedimental separado del principio de competencia (*Fundamentos de Derecho Administrativo*, Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 1988, pp. 320-322), si bien parece más una variante de éste que un principio autónomo, como explica Díez-Picazo, op. cit., p. 1185.

[21] Cfr. A. Ruggeri, *Gerarchia, competenza e qualità nel sistema costituzionale delle fonti normative*, Milán, Giuffré, 1977; V. Crisafulli, "Gerarchia e competenza nel sistema costituzionale delle fonti", *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 1960, pp. 775 y ss. Crisafulli señala que, cuando una fuente tiene asignada la regulación de una determinada materia, no "prevalece" sobre las otras, sino que las "excluye" de tal regulación. La idea del ámbito competencial "inmune" se toma de Santamaría Pastor, op. cit., pp. 319-320.

[22] Francisco Balaguer, *Fuentes del Derecho*, t. I, Madrid, Tecnos, 1991, p. 150. No hay que olvidar que "el acotamiento de un ámbito de regulación o división competencial entre dos —o más— tipos de normas ha de ser establecido por una tercera norma, esto es, por una norma secundaria o norma sobre la producción jurídica" (Díez-Picazo, op. cit., p. 1184).

[23] Zagrebelsky, op. cit., p. 66; véase también, en el mismo sentido y más ampliamente, V. Crisafulli, *Lezioni di diritto costituzionale*, tomo II, vol. 1, Padua, 1984, pp. 202-205, así como Antonio D'Atena, "L'impatto del policentrismo legislativo sul sistema delle fonti", en Giancarlo Rolla y Eleonora Ceccherini (eds.), *Profili di diritto parlamentare en Italia e in Spagna*, Giappichelli, Turín, 1997, pp. 181 y ss.

[24] Véase Zagrebelsky, op. cit., pp. 195 y ss., y Juan Cano Bueso, "El principio de autonormatividad de las Cámaras y la naturaleza jurídica del reglamento parlamentario", *Revista de Estudios Políticos*, nº 40, Madrid, 1984, pp. 85-99, entre otros.

IV. La articulación del federalismo en la Constitución de 1917

Actualmente se observan tantas variedades configurativas del federalismo dentro de los Estados que lo han adoptado, que es difícil establecer pautas generales que lo identifiquen de manera unívoca.[25] Quizá por esto se ha dicho que, en realidad, el federalismo es un concepto normativo y, en consecuencia, debe ser estudiado y entendido a la luz de las disposiciones particulares de cada ordenamiento constitucional.[26] En este apartado se estudian las disposiciones de la Constitución mexicana que, referidas al federalismo, guardan relación con el tema de las fuentes del Derecho y que se concretan en lo fundamental en la técnica constitucional de distribución de competencias legislativas entre la Federación y las entidades federativas.[27]

Para comprender en su totalidad el marco constitucional del federalismo mexicano habría que estudiar, además de lo anterior, los distintos preceptos de la Carta Magna que directa o indirectamente inciden sobre el tema (por ejemplo, los procedimientos de controversias constitucionales entre la Federación y los estados previstos en el artículo 105 fracción I constitucional) y todo lo concerniente a los municipios y sus relaciones con las entidades federativas, cuestiones que no se pueden abordar por completo en este trabajo.

Sobra decir que, como es común dentro de las Constituciones que crean regímenes federales, en la Constitución mexicana se reconoce a todas las entidades federativas un estatuto jurídico común, sin hacer diferencias entre ellas.[28] Esto no obsta para que luego cada entidad federativa pueda diseñar, a partir de los márgenes que impone la Constitución federal,[29] un marco más o menos amplio de actuación según su propio

---

[25] Tania Groppi señala: "[…] no existe un modelo universal de federalismo […] Cada Estado federal tiene su propia estructura institucional y sus mecanismos de funcionamiento, tomando en cuenta elementos internos y propios (históricos, geográficos, sociológicos o económicos) que determinan la cultura política del país […] el arreglo federal tiende a expresar una aspiración profunda de la sociedad, configurándose como una solución histórica dirigida a dar respuesta a exigencias específicas de grupos sociales que viven sobre un cierto territorio" (op. cit., p. 79).

[26] Vogel, op. cit., p. 614.

[27] Es en esta distribución donde el federalismo cobra toda su complejidad, como ha señalado Friedrich, op. cit., p. 406.

[28] Como indica Vogel: "[…] una Constitución federal tiene que garantizar que las estructuras políticas existentes en la Federación y estados miembros sean homogéneas, y que también lo sean los estados entre sí, con el fin de evitar antagonismos que pongan en grave peligro la seguridad interior", op. cit., p. 627; cf. las observaciones de Caminal Badia, op. cit., p. 13.

[29] Véase artículo 116 de la Constitución mexicana; cf. también, por ejemplo, el artículo 28 de la Ley Fundamental de Bonn. En España existen dos preceptos constitucionales, referidos a los derechos fundamentales, que dan una buena idea de la homogeneidad mínima que, dentro de la natural pluralidad del Estado federal, no debe perderse de vista; el primero es el artículo 139, que en su párrafo primero dispone: "Todos los españoles tienen los mismos derechos y obligaciones en cualquier parte del Territorio del Estado" (cf. STC 52/1988, 17/1990 y 150/1990); el segundo es el artículo 149.1.1: "1. El Estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias: 1ª. La regulación de las condiciones básicas

ordenamiento jurídico local.[30] Lo anterior se debe a que, como señala Miquel Caminal, "la simetría en la distribución competencial no equivale a iguales decisiones políticas".[31]

1. Facultades explícitas y facultades implícitas

La Constitución mexicana recoge la cláusula federal en sus artículos 73 y 124, aunque la forma federal del Estado se establece en el artículo 40.

En el artículo 73 se establecen las facultades del Congreso de la Unión para legislar, es decir, se delimitan las materias que son competencia de las autoridades federales.[32] Esta delimitación no es muy precisa por cuanto la última fracción del artículo mencionado (la XXX) establece, igual que la Constitución norteamericana (artículo 1 sección VIII, párrafo 18), las facultades implícitas para legislar (*implied powers*), que permiten ampliar considerablemente la esfera federal, tal como de hecho ha sucedido en el modelo original estadounidense.[33]

Las facultades implícitas "son las que el Poder legislativo puede concederse a sí mismo o a cualquiera de los otros dos Poderes federales como medio necesario para ejercer alguna de las facultades explícitas";[34] su función va en relación directa con las facultades explícitas. Entre unas y otras siempre debe existir relación, pues las implícitas no funcionan de manera autónoma.[35]

En Alemania, a pesar de que en la Ley Fundamental no hay una disposición semejante a la fracción XXX del artículo 73 de la Constitución mexicana, el Tribunal Constitucional ha reconocido la existencia de tres tipos de facultades implícitas:

a. Las que derivan de una conexión material con otra competencia:

> […] estamos ante una conexión material cuando una materia expresamente conferida a la Federación no puede ser razonablemente regulada sin al mismo tiempo normar otra

---

que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales" (para la interpretación que ha hecho el Tribunal Constitucional español véase SSTC 152/1988, 154/1988, 75/1990 y 86/1990, entre otras).

[30] García Pelayo, op. cit., p. 233.

[31] Caminal, op. cit., p. 13.

[32] Sin perjuicio de lo que a continuación se dice sobre las facultades implícitas, lo cierto es que la enumeración taxativa de las facultades de la Federación "establece una delimitación competencial relativamente clara y evita la existencia de márgenes de interpretación excesivamente amplios" (Vogel, op. cit., p. 638).

[33] Ver Karl Loewenstein, *Teoría de la Constitución*, 2ª ed., Barcelona, Ariel, 1976, pp. 360 y ss.

[34] Tena Ramírez, op. cit., p. 116. El propio Tena Ramírez recuerda que solamente se puede otorgar una facultad implícita si se reúnen los siguientes requisitos: "1º. la existencia de una facultad explícita, que por sí sola no podría ejercerse; 2º. la relación de medio respecto a fin, entre la facultad implícita y el ejercicio de la facultad explícita, de suerte que sin la primera no podría alcanzarse el uso de la segunda; 3º. el reconocimiento por el Congreso de la Unión de la necesidad de la facultad implícita y su otorgamiento por el mismo Congreso al Poder que de ella necesita".

[35] Ulises Schmill, *El sistema de la Constitución mexicana*, 2ª ed., México, Porrúa, 1977, p. 268.

materia no expresamente atribuida, esto es, cuando la invasión de ámbitos no conferidos es condición imprescindible para la regulación de una materia que sí corresponde expresamente a la Federación".[36]

b. Las que son anejas a competencias federales expresas (son un subtipo de las anteriores); se presume que existen "cuando una función determinada se halla tan inseparablemente unida a un ámbito conferido a la Federación o a los *Länder* que no sería razonable escindirlos".[37]

c. Las que derivan de la naturaleza de las cosas, que se basan "en el principio jurídico no escrito de que hay determinados ámbitos materiales que por su propia naturaleza sólo pueden ser regulados por la Federación, puesto que constituyen asuntos privativos suyos, sustraídos a priori a cualquier competencia legislativa particular".[38]

Las facultades implícitas no se han usado con frecuencia en México porque siempre que se ha requerido hacer uso de una facultad federal que no estuviera claramente recogida en las distintas fracciones del artículo 73, se ha acudido a la reforma constitucional, que con tanta proclividad se ha usado en el país.[39]

Por su parte, el artículo 124 constitucional dispone que todas las facultades que no están *expresamente*[40] concedidas a los poderes federales se encuentran "reservadas" a los estados.[41] Se establece a favor de estos últimos una competencia *residual*, teóricamente muy amplia.

Tanto el artículo 73 como el 124 constitucionales suponen normas atributivas de competencias —normas que confieren poderes o, más ampliamente, normas sobre la producción jurídica[42]—; su estudio debe complementarse con el de aquellas otras normas que, a pesar de no otorgar competencias de forma positiva, prohíben a la federación o a los estados regular ciertas materias.[43]

---

[36] BVerfGE 3, 407 (421), citado por Vogel, op. cit., p. 644.

[37] BVerfGE 8, 143 (149), citado ibídem.

[38] BVerfGE 11, 89 (98 ss.), citado ibídem.

[39] Jaime Cárdenas, *Una constitución para la democracia. Propuestas para un nuevo orden constitucional*, México, IIJ-UNAM, 2000 (reimpresión), p. 205; Jorge Carpizo, *La Constitución mexicana de 1917*, 8ª ed., México, Porrúa, 1990, p. 251. Hasta los primeros meses de 2001 el artículo 73 constitucional se había reformado en 44 ocasiones desde la entrada en vigor de la Carta de 1917.

[40] El término "expresamente" no se encuentra, por cierto, en la Constitución de los Estados Unidos.

[41] Carpizo, "Sistema federal…", op. cit., pp. 480 y ss.; ídem, "Comentario al artículo 124", en *Derechos del pueblo mexicano. México a través de sus constituciones*, 4ª ed., México, Cámara de Diputados, 1994, t. XII, pp. 953 y ss.; ídem, "Artículo 124", en *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos comentada y concordada*, 15ª ed., México, IIJ-UNAM, Porrúa, 2000, t. V, pp. 40 y ss.

[42] Riccardo Guastini, "En torno a las normas sobre la producción jurídica", traducción al castellano de Miguel Carbonell, en R. Guastini, *Estudios de teoría constitucional*, México, IIJ-UNAM, Fontamara, 2001; Jordi Ferrer, *Las normas de competencia. Un aspecto de la dinámica jurídica*, Madrid, CEPC, 2000.

[43] Carpizo, *La Constitución…*, op. cit., pp. 252-253; id., "Comentario…", op. cit, p. 955.

Así por ejemplo, el artículo 24 constitucional, en su segundo párrafo, establece: "El Congreso no puede dictar leyes que establezcan o prohíban religión alguna".[44]

En cuanto a las prohibiciones a las entidades federativas, éstas pueden ser absolutas o relativas. Son prohibiciones absolutas aquellas que la Constitución prevé que los estados jamás podrán realizar y que se enumeran en el artículo 117 constitucional.[45] Son prohibiciones relativas aquellas en las que la actuación de las entidades federativas está subordinada a la autorización del Congreso de la Unión, las cuales se encuentran previstas en el artículo 118 constitucional. En este último caso, la autorización del Congreso —entiendo que a través de una ley marco o ley-base, si fuera el caso, o a través de un decreto si se tratara de una autorización de carácter singular y concreto— es condición necesaria para la existencia y parámetro de validez de las normas que, con posterioridad, dicten las entidades federativas.

2. Facultades coincidentes y concurrentes

Excepcionalmente la Constitución prevé una alteración de la distribución competencial genérica descrita, al establecer en determinadas materias una concurrencia entre las autoridades federales, las estatales y las municipales —lo que Zagrebelsky ha llamado *paralelismo de las competencias*[46]—: son las llamadas *facultades coincidentes*[47] o concurrentes, que se ejercen simultáneamente por la Federación, por los estados y por los municipios.[48]

Las facultades concurrentes o coincidentes pueden tomar, principalmente, tres distintas formas:

a. Puede darse que exista simultaneidad reguladora absoluta —esto es, que coexistan a la vez y de forma indistinta leyes federales y locales en una misma materia—, como es el caso del artículo 117 constitucional *in fine*, que establece: "El Congreso de la Unión y las legislaturas de los Estados dictarán, desde luego, leyes encaminadas a combatir el alcoholismo". Otro ejemplo se encuentra en el artículo 18 constitucional, párrafo cuarto, que dispone: "La Federación y los gobiernos de los Estados establecerán instituciones especiales para el tratamiento de menores infractores".

---

[44] Hay que recordar que, aunque no lo digan expresamente, los derechos fundamentales constituyen por sí mismos limitaciones de carácter material a las facultades de creación normativa del Estado; Luigi Ferrajoli, "Derechos fundamentales", en ídem, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Madrid, Trotta, 1999. Sin embargo, con el ejemplo citado me quiero referir solamente a aquellos casos en que la limitación es explícita y se enfoca a una forma de creación normativa en concreto.

[45] Carpizo, *La Constitución…*, op. cit., p. 253.

[46] Zagrebelsky, op. cit., p. 67.

[47] Carpizo, *La Constitución…*, op. cit.

[48] Tena Ramírez, op. cit., p. 121. Este fenómeno parece responder a la necesidad de articular un federalismo más "cooperativo" que "dual" y se ha impuesto también en los Estados Unidos; véase Michael J. Laslovich, "The American tradition: federalism in the United States", en *Comparative federalism and Federation. Competing traditions and future directions*, Londres, Dordretch, 1993, p. 189.

b. Puede suceder que tal simultaneidad sea sólo parcial en tanto la Constitución asigne algunos aspectos de una materia a la Federación y otros a las entidades federativas.[49] Éste es el caso de la salud, en el que la Federación puede legislar sobre "salubridad general" (artículo 73 fracción XVI) y los Estados sobre "salubridad local"; otro ejemplo es el de las vías de comunicación (artículo 73 fracción XVII),[50] en el que la Federación legisla sobre vías generales de comunicación y las entidades federativas sobre vías locales.

c. Puede también darse que sea la Federación, a través del Congreso de la Unión, la que regule una materia y las entidades federativas y los municipios se ajusten a lo dispuesto por la legislación federal.[51] Tal legislación puede prever, entre otras, las siguientes dos posibilidades: a) que la normación de la materia quede a cargo por completo del Congreso de la Unión y que las autoridades locales se encarguen solamente de su ejecución, y b) que las autoridades locales puedan contribuir a la regulación mediante facultades de creación normativa, sin perjuicio de sus facultades de ejecución.

En la Constitución mexicana se pueden citar como ejemplos de este tipo de facultades los casos de la seguridad pública (artículo 73 fracción XXIII), la educación (artículo 73 fracción XXV), los asentamientos urbanos (artículo 73 fracción XXIX inciso *c*), la protección al ambiente (artículo 73 fracción XXIX inciso *g*) y la materia de culto religioso (artículo 130 último párrafo).

El último de los incisos mencionados merece una consideración especial, pues en una de sus modalidades recoge el ejemplo más representativo del llamado *federalismo de ejecución*, en el que los órganos centrales o federales retienen las facultades de creación normativa a través del poder legislativo y los estados miembros de la federación llevan a cabo la ejecución de esas normas a través, fundamentalmente, de la administración pública regional y local.[52]

---

[49] Carpizo no las ubica dentro de las facultades coincidentes, sino que las denomina *coexistentes* (*La Constitución.…*, op. cit.; "Comentario…", op. cit., p. 956). Para mí no existe una diferencia sustancial, ni terminológicamente, ni de regulación constitucional diferenciada, que justifique una división en esos términos, aunque no dejo de reconocer que ambos pueden ser igualmente adecuados.

[50] Tena Ramírez, op. cit., p. 123. Carpizo, "Sistema…", op. cit., p. 486. Bernardo Bolaños señala: "Las excepciones al federalismo clásico que otorgan concurrencia de funciones de diferentes esferas de gobierno sobre una misma materia, se convierten de forma natural y progresiva en la división orgánica de funciones del todo estatal" ("Presidencialismo y posmodernidad", en VV.AA., *Ensayos sobre presidencialismo mexicano*, México, Aldus, 1994, p. 117).

[51] En este caso las leyes del Parlamento federal necesitan ser "generales", pues solamente desde la dialéctica generalidad-singularidad pueden comprenderse los términos legislación y ejecución; véase De Cabo, Carlos, "Estado social de Derecho y ley general", *Jueces para la democracia. Información y debate*, nº 23, Madrid, 1994, p. 39; ídem, *Sobre el concepto de ley*, Madrid, Trotta, 2000.

[52] Véanse artículos 83 a 91 de la Constitución alemana y las observaciones de D'Atena, op. cit., pp. 197 y ss.

Tanto para el caso de los asentamientos urbanos como en el de la protección al ambiente, la Constitución usa el término *concurrencia* para describir la articulación competencial entre Federación, estados y municipios, lo cual justifica, a mi entender, que se hable de facultades *concurrentes* en la Constitución mexicana, a pesar del desacuerdo de algún sector importante de la doctrina.[53]

Lo que es indudable es que, en materias concurrentes o coincidentes, la Constitución ha querido que sean las autoridades de los tres niveles de gobierno las que tomen parte en su puesta en práctica; es decir, el constituyente ha estimado que, por la trascendencia o la singularidad de determinadas materias, su regulación y ejecución no debe quedar en manos de un solo nivel gubernativo, sino que deben participar autoridades con competencias territoriales de distinto alcance. En consecuencia, la legislación del Congreso de la Unión debe prever un ámbito de participación de las autoridades locales y regionales, y un ámbito no meramente nominal sino efectivo. La determinación del umbral en que se ubica ese ámbito y de la efectividad del facultamiento federal a las entidades federativas y a los municipios es imposible de hacer de forma general y a priori. Para su concreción se deben estudiar los casos concretos y, en el supuesto de que se observara que las disposiciones federales nulifican la concurrencia que ordena la Constitución, podrían ser anuladas por la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

En Alemania, respecto de los casos en que la Federación debe dictar disposiciones marco —enunciados en el artículo 75 de la Ley Fundamental—, se entiende que tales disposiciones no deben ser autosuficientes, es decir, deben estar hechas en forma tal que precisen ser desarrolladas por la legislación de los *Länder*; "[…] al regular la correspondiente materia el legislador federal debe dejar abiertas cuestiones de cierta trascendencia a la normación por los *Länder*".[54]

V. Posibles conflictos normativos entre el Derecho federal y el local

Una cuestión interesante, típica de los estados compuestos, es cómo se deben resolver los conflictos que se susciten entre el Derecho federal y el local en los casos de las materias en que existe simultaneidad reguladora absoluta entre los dos ámbitos normativos o en aquellas otras en las que la legislación federal sirva de base para el desarrollo de normas locales.

En el primer caso se puede estar frente a dos normas válidas, dictadas cada una en ejercicio de las respectivas facultades constitucionales de sus órganos creadores y de distinto ámbito espacial de validez (una local y otra federal); es importante subrayar la *validez* de ambas normas, porque en el resto de los conflictos normativos (o

---

[53] Carpizo, *La Constitución*…, op. cit., p. 255; ídem, "Comentario…", op. cit., pp. 957-958.

[54] Vogel, op. cit., p. 643.

seudoconflictos, como se verá más adelante) que se puedan presentar entre las normas federales y las estatales no se vuelve a estar en presencia de dos normas válidas, sino de normas que han invadido su respectiva esfera material de normación y que, en consecuencia, son anulables por la jurisdicción constitucional.

No es éste el caso de que ahora se trata, puesto que en el presente es la propia Constitución la que faculta tanto al Congreso de la Unión como a las legislaturas locales a legislar —sin ningún otro matiz o sin ninguno lo suficientemente clarificador— sobre determinada materia.

Se impone una aclaración de principio, y es que en cualquier Estado compuesto, al margen de la forma de descentralización y diferenciación de tareas y funciones que se haya hecho en cada caso concreto, no puede prescindirse de un conjunto de criterios para la solución de los conflictos entre normas de distinto ámbito de competencia —material u orgánico—; para decirlo con más claridad, en palabras de Francisco Rubio Llorente, "No hay teóricamente (es decir, por razones de teoría, pero también, claro está, en la práctica) un sistema de delimitación territorial de competencias que pueda prescindir, en una forma u otra, de una 'cláusula de prevalencia', ni es imaginable un sistema de delimitación material de competencias que pueda funcionar en ausencia de una relación de rango".[55]

Dicho lo anterior, cabe constatar que las soluciones en el Derecho comparado no son, ni con mucho, homogéneas. Así por ejemplo, en la Constitución de Alemania se dispone como regla general: "El derecho federal prima sobre el derecho de los *Länder*" (artículo 31);[56] más adelante, la misma Constitución matiza: "en el campo de la legislación concurrente los *Länder* tienen competencia para legislar mientras y en la medida en que la Federación no haga uso de su competencia legislativa" (artículo 72.1).[57] En España, la Constitución establece que, en aquellas materias que no hayan sido asumidas por las comunidades autónomas en sus respectivos estatutos autonómicos, en caso de conflicto entre el derecho estatal y el autonómico prevalecerá aquél, "en todo lo que no esté atribuido a la exclusiva competencia de [las comunidades]" (artículo 149.3).[58]

En México, a pesar de que no existe una cláusula constitucional de prevalencia del derecho federal, en el eventual supuesto de que se produjera un conflicto normativo entre el derecho federal y el local en materias en que existe concurrencia o coin-

---

[55] "Rango de ley, fuerza de ley y valor de ley", en su libro *La forma del poder*, Madrid, 1993, CEC, p. 332.

[56] La explicación de este precepto en Vogel, op. cit., pp. 631 y ss.

[57] Cf. las demás reglas sobre legislación exclusiva y concurrente en los artículos 70 y siguientes de la misma Constitución.

[58] Luciano Parejo, *La prevalencia del derecho estatal sobre el regional*, Madrid, CEC, 1981; Ignacio de Otto, *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*, 2ª ed., Barcelona, Ariel, 1989, pp. 281-282, entre otros.

cidencia absoluta, se debe imponer, como sucede en Alemania, el derecho federal, dotado de un poder normativo "más intenso" que el de las entidades federativas,[59] aunque tal opinión no sea compartida por parte de la doctrina mexicana.

Así por ejemplo, no está de acuerdo con lo anterior Tena Ramírez, quien rechaza que el sistema alemán sea aplicable a México; sin embargo, el autor parece referirse al caso de que efectivamente exista una distribución de materias, sin explicar cuál es la solución en el caso de las facultades concurrentes absolutas, puesto que se limita a señalar que en caso de conflicto debe prevalecer la norma que esté de acuerdo con la Constitución, con lo que no se resuelve el problema planteado. En términos parecidos a los de Tena, Jorge Carpizo, sostiene:

> En estos casos [que el propio Carpizo llama *coincidentes* y que define como aquellas materias en que "tanto la federación como las entidades pueden realizar por disposición constitucional y que coexisten"], aunque el contenido de las normas fuera opuesto, no hay problema, pues la legislación federal no priva sobre la local sino que coexisten y se aplicará una u otra disposición según el ámbito de validez de la norma y según el tribunal que la vaya a aplicar.[60]

En mi opinión, el punto de vista de Carpizo no resuelve el problema, puesto que de aceptarlo se podría llegar al absurdo de que no se aplicara una ley local que regulara una materia concurrente (aun en el caso de que no existiera en esa materia regulación federal) si se hiciera valer en un juicio de que estuvieran conociendo tribunales federales, o viceversa, que no se pudieran hacer valer disposiciones federales referentes a materias concurrentes en juicios locales. En la práctica los ejemplos concretos podrían ser relativamente abundantes.

De hecho, la solución creo que debe ser ligeramente distinta de la propuesta por Carpizo; es decir, en estas materias, en tanto no exista un conflicto normativo (porque si existe, como se ha dicho, prevalece el derecho federal), todos los tribunales —de cualquier nivel y ámbito jurisdiccional— deben aplicar las normas que existan, sean federales o locales, puesto que todas ellas son validas. Esto significa que, por lo menos los tribunales locales, aplicarán todas las normas que regulen materias concurrentes, aunque las haya creado el Congreso de la Unión,[61] y, además, que los tribunales federales deberán aplicar normas locales que traten sobre esas mismas materias, respetando siempre su ámbito territorial de validez (el de las normas, se entiende).

También en los casos en que sea el Congreso de la Unión el que establezca las bases de una determinada materia y las entidades federativas las desarrollen, se debe imponer el derecho federal, aunque por razones distintas de las del caso anterior. Aquí

---

[59] El concepto de *mayor intensidad* se toma de Zagrebelsky, op. cit., p. 67.

[60] Véase Jorge Carpizo, "La interpretación del artículo 133 constitucional", en su libro *Estudios constitucionales*, 3ª ed., México, Porrúa, 1991, p. 22, nota 45; ídem, *La Constitución…*, op. cit., p. 256.

[61] En Alemania los tribunales de los *Länder* aplican tanto el derecho federal como el regional (Vogel, op. cit., p. 661).

ya no estaríamos frente a dos normas validas, sino frente a una norma subordinada lógicamente a otra, pues la legislación federal actuaría como norma sobre la producción jurídica de la legislación local, al haber dejado la Constitución libertad al legislador federal para configurar la concurrencia entre los distintos niveles de gobierno.

1. Las contradicciones en materias exclusivas

Si quisiéramos sintetizar todo lo anterior, podríamos decir que el diseño del federalismo mexicano representa un deslinde competencial "material" entre Federación y estados que crea una doble pirámide normativa, para usar la gráfica concepción gradualística kelseniana del ordenamiento: por un lado la *pirámide federal*, integrada por aquellas materias enumeradas en el artículo 73, incluyendo las facultades implícitas, y por otro la *pirámide local*, compuesta por el resto de materias no atribuidas constitucionalmente a la Federación.

Por encima de ambas pirámides se encuentran, obviamente, la Constitución federal [62] y los tratados internacionales,[63] y entre ellas existen normalmente relaciones de "lateralidad". El único punto constitucionalmente posible de unión o interferencia son las mencionadas facultades coincidentes o concurrentes.

Si por cualquier razón un sector de alguna de las dos pirámides invadiera a la otra produciendo una aparente colisión normativa (se entiende que esto no se aplica a los casos en que existe coincidencia o concurrencia material), se estaría frente a una inconstitucionalidad competencial; como solución de la antinomia no debería aplicarse el criterio de la norma superior (*lex superior derogat inferiori*)[64] o el de prioridad

---

[62] Así lo reconoce expresamente el artículo 41 constitucional, párrafo primero, al decir que las Constituciones locales "en ningún caso podrán contravenir las estipulaciones del Pacto Federal". La supremacía de la Constitución con respecto al derecho federal y, en general, al resto del ordenamiento, se encuentra recogida en el artículo 133 constitucional. La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sostenido lo siguiente: "CONSTITUCIÓN FEDERAL. Las constituciones particulares y las leyes de los Estados, no podrán nunca contravenir las prescripciones de la Constitución Federal" (*Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-1975*, 8ª parte, p. 131. Véanse también las observaciones de Groppi, op. cit., p. 71.

[63] A partir de la tesis jurisprudencial LXXVII/99 de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, cuyo rubro es: "TRATADOS INTERNACIONALES. SE UBICAN JERÁRQUICAMENTE POR ENCIMA DE LAS LEYES FEDERALES Y EN UN SEGUNDO PLANO RESPECTO DE LA CONSTITUCIONAL FEDERAL". Esta tesis, como el resto de la jurisprudencia de los tribunales federales mexicanos, se puede consultar en <www.scjn.gob.mx>.

[64] Como recuerda Díez-Picazo, el principio de jerarquía sólo opera allí donde hay identidad de materia (op. cit, p. 1184). En Alemania la regla de la prevalencia del derecho federal sobre el de los *Länder* que prevé el artículo 31 de la Ley Fundamental de Bonn solamente se aplica cuando el correspondiente derecho federal es valido; esto implica que el Tribunal Constitucional, en caso de conocer de un presunto conflicto relativo al caso que se explica, debe antes que nada examinar si "la regulación federal en cuestión ha sido aprobada en ejercicio de competencias atribuidas y si materialmente es compatible con la Ley Fundamental" (Vogel, op. cit., p. 633).

temporal (*lex posterior derogat priori*), sino el de competencia orgánica,[65] pues en tal caso alguna de las normas aparentemente colisionadas se habría dictado sin tener facultades constitucionales para ello.

En este supuesto, en realidad, ni siquiera puede producirse una "colisión" entre el derecho federal y el local, sino una simple extensión indebida de una de las dos órbitas que tendría que ser reparada en su caso por el Poder Judicial federal, ya sea a través del juicio de amparo (artículos 103 y 107 constitucionales) o a través del mecanismo de las controversias constitucionales del artículo 105 fracción I constitucional.

Hay que subrayar el hecho de que no se requiere que exista esa aparente colisión normativa para que una norma que exceda su radio competencial sea inconstitucional, pues, como recuerda Ignacio de Otto,[66] si la Constitución reserva a un determinado órgano una materia, basta que exista una norma que invada tal competencia para que se produzca la inconstitucionalidad, sin que sea necesaria la existencia de la norma expedida por el órgano constitucionalmente competente que produzca la colisión con aquélla y con independencia de su contenido,[67] al revés de como sucede con el principio jerárquico, que sí supone la existencia de dos o más normas encontradas, cada una de distinto rango.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha corroborado en su jurisprudencia algunos de los extremos anteriores. Tal es el caso de la siguiente tesis:

> LEGISLACIONES FEDERAL Y LOCAL. ENTRE ELLAS NO EXISTE RELACIÓN JERÁRQUICA, SINO COMPETENCIA DETERMINADA POR LA CONSTITUCIÓN. El artículo 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos no establece ninguna relación de jerarquía entre las legislaciones federal y local, sino que, en el caso de una aparente contradicción entre las legislaciones mencionadas, ésta se debe resolver atendiendo a qué órgano es competente para expedir esa ley de acuerdo con el sistema de competencia que la norma fundamental establece en su artículo 124. Esta interpretación se refuerza con los artículos 16 y 103 de la propia Constitución, el primero al señalar que la actuación por autoridad competente es una garantía individual, y el segundo, al establecer la procedencia del juicio de amparo si la autoridad local o federal actúa más allá de su competencia constitucional.[68]

---

[65] Cf., además de lo ya expuesto *supra*, Amedeo Franco, "I problemi della completezza dell'ordinamento", en Franco Modugno, *Appunti per una teoria general del Diritto*, Turín, Giappichelli, 1994, p. 151. El autor apunta que el criterio de competencia necesita estar plasmado en un texto normativo, es decir, es un criterio positivo, no lógico. Véase también Zagrebelsky, op. cit., pp. 48-48 y 66-67, entre otros. Para el caso de México, Carpizo, "Sistema federal…", op. cit., pp. 502-504.

[66] De Otto, op. cit., p. 91.

[67] Díez-Picazo, op. cit., p. 1185.

[68] *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-1995*, t. I (materia constitucional), México, 1995, p. 185.

VI. La participación de las entidades federativas en los procedimientos federales de creación normativa

Al margen de la mayor cooperación o división de competencias que pueda existir entre las entidades federativas y la Federación, en la mayor parte de los estados federales aquéllas intervienen en algunas etapas de la creación de normas federales.[69] Desde luego, intervienen de forma continua desde las cámaras de representación territorial, como el Senado en México,[70] pero también se les otorgan ciertas facultades específicas que les permiten contribuir con los poderes federales en el proceso de cambio e innovación del orden jurídico nacional.

En México las entidades federativas tienen intervención en el procedimiento legislativo federal y en el procedimiento de reforma constitucional.

De acuerdo con el artículo 71 constitucional "El derecho de iniciar leyes o decretos compete: […] III. A las legislaturas de los Estados". Según el artículo 120 de la propia Constitución, los gobernadores locales deben publicar y hacer cumplir las leyes federales. Iniciativa de ley y publicación de las leyes federales son pues la facultad y la obligación, respectivamente, que tienen las entidades federativas —a través de su Congreso local y de su gobernador— en el procedimiento legislativo federal.

Por su parte, el artículo 135 constitucional dispone que para llevar a cabo una reforma de la Constitución se requiere, además de la aprobación de dos terceras partes de los miembros del Congreso de la Unión, la aprobación de la mayoría de las legislaturas locales.[71] Esta facultad puede en el futuro tener gran relevancia política,

---

[69] En general, es común en los Estados federales un cierto grado de influencia recíproca entre la Federación y las entidades federativas, como recuerda Vogel (op. cit., p. 636).

[70] Cabe recordar que en México los senadores no son mandatarios directos de las entidades federativas, por lo cual no se encuentran sometidos a mandato imperativo alguno. Para el caso alemán, Vogel, op. cit., p. 629.

[71] La participación de las entidades federativas en el procedimiento de reforma constitucional es una característica específica del Estado federal; Groppi, op. cit.; pero en otros tipos de Estado los entes regionales también pueden participar en la reforma constitucional. Por ejemplo, en España, las Comunidades Autónomas tienen tres momentos para participar en ese procedimiento de creación normativa: a) pueden remitir a la Mesa del Congreso de los Diputados iniciativas de reforma constitucional para que puedan ser tomadas en cuenta (artículos 166 y 87.2 de la Constitución española y 126 y 127 del Reglamento del Congreso de los Diputados); b) pueden provocar una convocatoria a referéndum para la aprobación de una reforma, agrupando para tales efectos a una décima parte de los miembros del Senado (porcentaje que equivale a poco más de la mitad de los senadores designados por las propias Comunidades Autónomas); c) pueden hacer valer los límites de la reforma constitucional para forzar a realizar una reforma por la vía dificultada del artículo 168, si se considerara que con tal reforma se afecta el núcleo esencial de la autonomía consagrado por el artículo 2 de la Constitución. Sobre todos estos extremos cf. Gumersindo Trujillo, "Homogeneidad y asimetría en el Estado autonómico: contribución a la determinación de los límites constitucionales de la forma territorial del Estado", *Documentación Administrativa*, n°s 232-233, Madrid, octubre de 1992-marzo de 1993, p. 113 y, sobre todo, Pedro de Vega, *La problemática del poder constituyente y la reforma constitucional*, Madrid, Tecnos, 1985.

como se ha dicho más arriba, si el partido que cuente con mayoría en el Congreso federal no gobierna también en la mayoría de las entidades federativas.[72]

De momento tal situación no se ha producido, por lo que, en la práctica, las entidades federativas han tenido un papel más bien testimonial en los procedimientos de reforma constitucional, limitándose a cumplir con la formalidad exigida por el artículo 135, sin debatir las respectivas iniciativas de reformas —y sin presentar iniciativa alguna, desde luego— ni agregarles cambios a los textos aprobados por el Congreso de la Unión.

Una cuestión interesante y quizá curiosa es que, de acuerdo con el artículo 135 constitucional, el Distrito Federal no participa en el mecanismo de reforma constitucional. Esto es el resultado de una larga historia de negación de derechos políticos para los habitantes de ese territorio, que todavía hoy no pueden participar —aunque representan el 10% de la población total del país— en el procedimiento más importante de toma de decisiones políticas y jurídicas del Estado mexicano.[73]

VII. El caso del Distrito Federal

El caso del Distrito Federal es distinto al de las entidades federativas en cuanto al reparto competencial. Antes de 1993 todo lo relativo al Distrito Federal era competencia del Congreso de la Unión en funciones de órgano legislativo local, pero a partir de ese año la Constitución introdujo un órgano representativo propio para ese territorio, alterando de esa manera el reparto competencial hasta entonces vigente,[74] el mismo que fue reformado de nuevo en 1996.[75]

El artículo 122, apartado C, base primera, fracción V constitucional enlista una serie de materias sobre las que puede legislar la Asamblea Legislativa del Distrito Federal. En el resto de materias la competencia corresponde al Congreso de la Unión, pero no como órgano legislativo federal, que llevaría aparejado que sus facultades fueran las que enuncia el artículo 73 y ninguna otra, sino como órgano productor de legislación local con competencia abierta a cualquier materia,[76] salvo, obviamente, las que corresponden a la Asamblea (artículo 122 inciso A fracción I).

---

[72] Tal es el caso del gobierno del presidente Vicente Fox, surgido de las elecciones de julio de 2000, elegido para gobernar durante el periodo 2000-2006.

[73] Sobre este punto, Miguel Carbonell, "Democracia, gobernabilidad y cambio constitucional en México", en VV.AA, *La gobernabilidad democrática en México*, México, INAP-Segob, 2000, pp. 97-128.

[74] Algunas cuestiones en torno a dicha reforma pueden verse en Jaime F. Cárdenas, "Reflexiones sobre la reforma política al Distrito Federal", *Actualización Jurídica*, México, 1994, pp. 21 y ss.; sobre la doble naturaleza del Congreso de la Unión como órgano federal y como órgano local véase Ignacio Burgoa, op. cit., p. 644.

[75] *Diario Oficial de la Federación* del 22 de agosto.

[76] Al respecto la Suprema Corte sostuvo, antes de las reformas de 1993 y 1996, la siguiente tesis: "CONGRESO DE LA UNIÓN. ÁMBITOS DE COMPETENCIA LEGISLATIVA DEL. Nuestra organiza-

De esa forma, el Distrito Federal tiene algo así como un "doble" órgano legislativo: uno de carácter federal compuesto por representantes electos en todo el territorio nacional y otro local, integrado por el voto de los ciudadanos del Distrito Federal. Algunos autores han sugerido la necesidad de modificar otra vez el régimen constitucional del Distrito Federal para asimilarlo lo más posible al del resto de entidades de la Federación.[77]

---

ción constitucional señala al Congreso de la Unión una doble competencia legislativa, que comprende por una parte la normación general para todo el país y que es la propiamente federal, y por la otra, la relativa al Distrito y territorios federales, que es de índole local y se asemeja a la que corresponde a las legislaturas de los estados. Cumple al Congreso de la Unión respetar los límites de sus dos ámbitos, de manera que no podría ejercitar sus facultades de legislador local invadiendo su propia esfera federal, ni viceversa, todo ello de acuerdo con el artículo 124 de la Constitución, que delimita la zona reservada a cada jurisdicción", *Semanario Judicial de la Federación*, 6ª época, vol. 80, p. 18. Al resolver la acción de inconstitucionalidad 5/99 (relativa al Código Electoral del Distrito Federal), la Suprema Corte ha hecho importantes pronunciamientos sobre las facultades de la Asamblea Legislativa y la integración política del Distrito Federal; la sentencia se puede consultar en www.scjn.gob.mx. Un comentario a ésta se encuentra en Miguel Pérez López, "La distribución de la potestad legislativa local en el Distrito Federal", *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, nº 4, México, enero-junio de 2001.

[77] En general sobre las discusiones actuales de la reforma política del Distrito Federal, puede verse el número monográfico sobre el tema de la revista *Diálogo y Debate de Cultura Política*, nos 5/6, México, julio-diciembre de 1998.

Domingo García Belaunde (Perú) *

Estado y municipio en el Perú

I. Las formas de Estado

Existen diversas formas de Estado, todas ellas surgidas históricamente, y que sin embargo han cristalizado, en cuanto a su configuración definitiva, recién a mediados del siglo XX. Se entiende por forma de Estado aquella que atiende a la distribución del poder dentro de un territorio determinado; esto es, cómo se ejerce el poder en referencia directa al territorio. Como es sabido, el Estado moderno tiene tres elementos básicos: territorio, población y poder. Tales elementos son indisolubles y sin ellos no se da el Estado; puede darse el caso de otro tipo de colectividades, pero no en rigor de un Estado. Así, por ejemplo, el pueblo palestino, que aún no tiene un Estado en forma; o Israel antes de 1948, cuando se creó el Estado de Israel, o las llamadas *repúblicas en el exilio*, cómo pasó con los españoles republicanos que tuvieron un presidente en el exilio, primero en México y luego en la Argentina (y así hasta el retorno a la democracia en 1978).

Pues bien, la forma de Estado precisa la manera como encaja el ejercicio de ese poder dentro de un territorio determinado. Y así se consideran tres formas de Estado en la actualidad: el Estado unitario, el Estado federal y el Estado regional.[1] Esta clasificación tripartita goza de mucho predicamento en la actualidad, si bien algunos autores consideran que las categorías deberían tan solo reducirse a dos, la unitaria y la

---

* Abogado y doctor en Derecho. Profesor de la Universidad Católica del Perú (Lima). Presidente de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional. Vicepresidente del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional.

[1] Otra clasificación distingue el Estado en simple (unitario) y compuesto (federal y sus variantes), que consideramos de interés pero no desarrollamos aquí. Mayor información puede encontrarse en Pedro Planas, *Regímenes políticos contemporáneos*, Fondo de Cultura Económica, Lima, 1997; Héctor Fix-Zamudio y Salvador Valencia Carmona, *Derecho Constitucional mexicano y comparado*, Porrúa, México, 2001; G. Morbidelli, L. Pegoraro, A. Regoso, M. Volpi, *Diritto Costituzionale italiano e comparato*, Monduzzi, Bologna, 1997.

federal, y eliminar el denominado *Estado regional*,[2] que tiene en realidad muy pocos ejemplos (Italia, España, aun cuando la doctrina en este país prefiere denominarlo *modelo autonómico*, pero que en el fondo apunta a lo mismo). Pero en fin, aceptemos esta clasificación que, sin lugar a dudas, nos será útil.

El modelo más antiguo es el Estado unitario, pues es lo que nace y se desarrolla naturalmente. Sin embargo, ello se concreta en el llamado período de aparición del Estado moderno, que se configura a fines del siglo XVII, si bien su forma jurídica y constitucional se dará un siglo más tarde. El caso típico y clásico de Estado unitario es el francés, que ha persistido con tenacidad notable hasta nuestros días.

El modelo federal nace en los Estados Unidos de América, con motivo de su Declaración de Independencia, en 1776, y más en concreto, con la aprobación y sanción de su Constitución, en 1787. Las razones históricas del modelo saltan a la vista. Eran trece colonias unidas tan solo por conveniencia; cada una de ellas se había formado en momentos distintos, sus grupos fundacionales tuvieron diferentes móviles económicos y políticos y, en algunos casos, serias diferencias religiosas (el estado de Maryland, por ejemplo, fue fundado por católicos, que lo llamaron así en honor a la Virgen María).

Es decir, eran trece estados independientes, con sus gobernadores y jueces, que practicaron el autogobierno desde muy pronto. Por tanto, tuvieron que buscar un sistema que los uniese frente a Inglaterra, contra la cual estaban en lucha. Crearon así la confederación en primer término, y luego la federación, por la que, sacrificando algunas prerrogativas a favor del conjunto (o sea, de la Unión), estados independientes forjaron un ente de rango superior. Estados Unidos creó así el modelo federal y otros lo imitaron, como Suiza a mediados del siglo XIX. Históricamente, como señaló el padre Mier, el federalismo fue hecho para unir lo que estaba desunido, y no para desunir lo que estaba unido.[3]

El modelo regional es algo distinto y, si se quiere, relativamente nuevo. Surge en embrión en la Constitución española de la Segunda República, en 1931, y se concreta en la vigente Constitución italiana de 1947, que crea un Estado unitario sobre la base de las regiones (que tienen prerrogativas legislativas y otro tipo de competencias). En España, con el retorno a la democracia, en 1978, se adoptó el modelo llamado *de las*

---

[2] Cf. G. de Vergottini, *Diritto Costituzionale comparato*, CEDAM, Padua, 1999.

[3] Sobre las formas de Estado, puede verse Juan Ferrando Badía, *El Estado unitario, el federal y el Estado regional*, Tecnos, Madrid, 1978; Segundo V. Linares Quintana, *Teoría e historia constitucional*, Alfa, Buenos Aires, 1958, tomo II, pp. 1-43; AA. VV., *Praxis autonómica; modelos comparados y modelo estatal*, Instituto Vasco de Administración Pública, Oñati, 1987; M. Mouskhely, *Teoría jurídica del Estado federal*, Editora Nacional, México, 1986; Gumersindo Trujillo (coord.), *Federalismo y regionalismo*, CEC, Madrid, 1979; José A. de Oliveira Baracho, *Teoría Geral do Federalismo*, Forense, Río de Janeiro, 1986; Maurice Croisat *El federalismo en las democracias contemporáneas*, Hacer, Barcelona, 1994; Antonio La Pergola, *Los nuevos senderos del federalismo*, CEC, Madrid, 1994.

autonomías, que en realidad tiene un gran parentesco con el modelo regional consagrado en Italia (aun cuando en el diseño de su organización territorial fue muy influyente el federalismo alemán) y que los juristas españoles denominan *modelo autonómico*, lo cual es interesante pero no decisivo, pues es perfectamente posible asimilar ambos dentro de la categoría de *Estado regional*. Sin embargo, como se señaló, existen sectores de la doctrina que no admiten la existencia del tercer modelo, que sería el regional, sino tan solo de una variante del federalismo, detalle en el que no entramos aquí, pues nos alejaría del tema central en debate.[4]

II. Centralismo, descentralismo y desconcentración

Relacionados con las formas de Estado y unidos a su temática se encuentran los conceptos antes anotados, que conviene analizar brevemente y, sobre todo, fijar su sentido, ya que la doctrina no es pacífica al respecto.[5]

El centralismo, como su nombre lo indica, significa la existencia de un único centro de poder; o sea, un ente central del cual depende todo lo periférico y de donde parten las directivas para el resto. Es el modelo clásico e histórico y puede decirse que ha sido el modelo natural de desarrollo del Estado moderno; aún más: es el que ha hecho posible el nacimiento de los Estados actuales. El centralismo es en parte creación napoleónica; fue muy necesario para lograr un Estado francés sólido, unido y homogéneo, e inevitable para hacer posible la unidad italiana y la unidad alemana, que permitieron la posterior aparición y consolidación de los Estados italiano y alemán. Es claro que así ha sido y que el centralismo tiene sus ventajas, sobre todo en el periodo formativo del Estado, para evitar la dispersión y el desorden (en especial cuando no existen unidades históricas menores que puedan hacerlo, como es el caso excepcional de las colonias norteamericanas del siglo XVIII).

---

[4] Sobre casos específicos, cf. Santiago Muñoz Machado, *Derecho Público de las Comunidades Autónomas*, 2 t., Civitas, Madrid, 1982-84; Livio Paladin, *Diritto regionale*, CEDAM, Padua, 1999; Edward S. Corwin, *The Constitution and what it means today* (revised by H. W. Chase and C. R. Ducat), Princeton University Press, N.J., 1978; Antonio Torres del Moral, *Principios de Derecho Constitucional Español*, Universidad Complutense, Madrid, 1998.

[5] Sobre la descentralización en especial, cf. Charles Eisenmann, *Centralisation et décentralisation*, LGDJ, París, 1948; Gustavo Penagos, *La descentralización en el Estado unitario*, Doctrina y Ley, Bogotá, 1997; Ramón Martín Mateo, *El horizonte de la descentralización*, IEAL, Madrid, 1969; María de los Ángeles Delfino, *La descentralización en Venezuela*, COPRE, Caracas, 1997; Humberto Nogueira Alcalá, *El gobierno y la administración interior del Estado; región provincia y comuna*, Participa, Santiago de Chile, 1994; Sandra Morelli, *La autonomía territorial en Colombia*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1996. Sobre el caso peruano, cf. César Landa A., "La descentralización del gobierno unitario en la Constitución de 1993", en *Lecturas sobre Temas Constitucionales*, nº 10, julio de 1994; Valentín Paniagua, "La regionalización", en *Lecturas sobre Temas Constitucionales*, nº 8, junio de 1992.

Pero, si bien el centralismo tiene una razón histórica que lo justifica, a principios del siglo XX empieza a abrirse paso una fuerte corriente descentralizadora, que surge fundamentalmente para detener o paliar los excesos del centralismo. Es decir, no aparece como una apuesta por algo nuevo, sino para detener los excesos del centralismo o, si se quiere, de sus malas consecuencias. El descentralismo significa, fundamentalmente, crear otros centros, aparte del ya existente, a los cuales se atribuyen competencias determinadas. El poder central se despoja de parte de sus competencias y las asigna a otros órganos, para que éstos de por sí decidan determinados asuntos en el mismo lugar de los hechos. Por un lado se agiliza la administración y por otro se descarga al poder central y se lo hace menos oneroso y más ágil en sus decisiones.

Pero por descentralismo pueden entenderse muchas cosas. Su forma típica es, sin lugar a dudas, el *descentralismo administrativo*, que es el más importante y por el que se debe empezar. Se acompaña generalmente una *descentralización financiera*, que consiste en atribuirle al ente descentralizado ciertas rentas que él mismo cobra, administra y gasta. Y finalmente, se puede hablar de una *descentralización normativa* cuando, además y dentro de ciertos límites, se le da capacidad para generar normas dentro del ámbito de su competencia y con alcance territorial.

Un punto aparte es lo que se denomina *descentralización política*, que es algo más complicado. En un sentido genérico puede decirse que hay descentralización política cuando el ente descentralizado tiene funciones políticas dentro de su ámbito territorial y, además, cuando sus autoridades han sido elegidas por el voto popular y no deben su investidura al Gobierno central. Sin embargo, en sentido estricto, puede entenderse por descentralización política el darse su propia carta constitutiva, su propia ley orgánica y gozar de determinadas competencias en exclusiva, con lo cual nos estamos acercando, sin querer, al modelo federal. En efecto, el federalismo es una descentralización llevada a sus extremos y una descentralización política en sentido estricto, pues cada una de las partes se da su constitución, se da sus leyes, tiene su ejecutivo, su legislativo y sus jueces. Ver la línea divisoria entre estos casos es algo complicado, que sólo se podrá apreciar en el caso concreto.

Finalmente, por *desconcentración* debemos entender el desdoblamiento que de sí mismo hace el poder central, para atender mejor las necesidades de la periferia. No se trata de la creación de órganos autónomos con personalidad jurídica y que toman sus propias decisiones, como en el caso de la *descentralización*; más bien, es el mismo centro que se extiende a otros confines para facilitar mejor su propia administración. Así, es posible crear sucursales, agencias o dependencias de una oficina central para facilitar las cosas y agilizar su trámite, pero sin que el centro se desprenda de sus prerrogativas. Es casi como multiplicar las mesas de parte, que tiene la ventaja de acercarse al administrado, pero sin resolver nada. Mientras que en la descentralización se crean otros centros de decisión autónomos, en la desconcentración existe un solo centro con multitud de auxiliares. Salta a la vista que en la descentralización existe un reparto de poder, lo que no sucede en la desconcentración. En la descentra-

lización existe, por lo general, un principio de tutela de la legalidad, que es posterior; en la desconcentración, en cambio, el ente desconcentrado no deja de pertenecer al ente central ni de estar sometido al principio jerárquico.

III. Algunas implicaciones

Los conceptos analizados pueden ser objeto de diversas combinaciones, según cada caso en particular. Así, por ejemplo, un Estado unitario puede ser centralizado o descentralizado (como es el caso de Colombia en su Constitución de 1991, donde existen los departamentos con atribuciones específicas). Por otro lado, existen federaciones que son centralizadoras o centralizantes, a despecho de la normativa constitucional, como es el caso de Venezuela o de la Argentina.

Ahora bien, el federalismo tiene normalmente una explicación histórica; son entes separados o agrupados débilmente que se unen, con mutuas concesiones, para formar una entidad mayor; es el caso de los Estados Unidos, Argentina, Venezuela, Suiza, Alemania, Austria, etc. En principio, el Estado federal es descentralizado, pero en su interior nada impide que cada Estado miembro sea centralizado, dependiendo esto del tamaño geográfico, ya que, en principio, el carácter unitario cuadra muy bien con pequeñas dimensiones, pero no tanto en los grandes espacios.

Por otro lado, el Estado unitario, que es también otra constante histórica, ya no es totalmente centralizado. Más bien, ha ido avanzando hacia grandes formas de desconcentración y sobre todo, de descentralización. Por cierto, hay varias clases de descentralización (administrativa, financiera, política, etc.), cada una con sus respectivas modalidades, pero esto es inevitable. Chile, por ejemplo, que tiene un avanzado proceso de descentralización a través de las regiones, pero curiosamente ellas están a cargo de un intendente nombrado por el Poder Ejecutivo.[6]

IV. El caso del Perú

Desde su independencia en 1821, el Perú ha tenido una trayectoria regular, pero con altas y bajas, en materia de descentralización (1828, 1873, 1886, 1920, 1933 y 1979).[7] Al momento de la independencia y en los primeros debates constituyentes se discutieron dos cosas muy puntuales: la primera era si se escogía la república o la monarquía, y la segunda, si se adoptaba el modelo federal o el unitario. Es sabido que el proyecto de San Martín y sus adláteres era la monarquía, que gozaba incluso de

---

[6] Cf. Humberto Nogueira Alcalá, *El gobierno regional en Chile y la experiencia comparativa*, Universidad Nacional Andrés Bello, Santiago, 1994.

[7] Cf. José Pareja Paz-Soldán, *Derecho Constitucional peruano y la Constitución de 1979*, J. Valenzuela Editor, Lima, 1984.

aceptación en amplios círculos de la sociedad limeña, pero al final se impuso la república. En cuanto a la forma de Estado, unitaria o la federal, esto fue algo muy discutido, pues la presencia gravitante de los Estado Unidos hacía interesante y hasta atractivo el modelo federal, que otros países adoptaron para entonces (México, Venezuela, Brasil, Argentina y Colombia hasta 1886). Puede decirse por eso que, sin llegar a adoptar la idea federal, existió durante todo el siglo XIX una tentación federal que se expresó en algunos experimentos fallidos (Federación de los Andes, Confederación Perú-boliviana), y en el debate doctrinario que llega hasta fines del siglo XIX, con propuestas teóricas como las defendidas por González-Prada, o políticas, enarboladas por Piérola, si bien nunca puestas en práctica.

Sin embargo, debe recordarse que en el siglo XIX se hicieron muchos ensayos de descentralización de bastante éxito, a través de las Juntas Departamentales, que funcionaron durante casi todo el siglo. Las tentativas continuaron en el siglo XX, pero con menor intensidad.

En el siglo XX se aborda, por vez primera, el problema de la descentralización al más alto nivel normativo, esto es, constitucional, si bien sus resultados han sido diversos y con pobres resultados.

Así, la Constitución de 1920 creó los Congresos Regionales, del Norte, Centro y Sur, pero casi sin facultades, pues todas sus leyes debían ser aprobadas y promulgadas por el Poder Ejecutivo. Tuvieron, en realidad, una vida nominal dentro de un periodo político autoritario, como fue el de Leguía (1919-1930).

La Constitución que la siguió, sancionada en 1933, creó los Concejos Departamentales, sobre la base de cada departamento, con amplias facultades administrativas, fiscales y normativas. Fueron reglamentadas mediante la ley 7809 de 1933. Sin embargo, este intento interesantísimo de descentralización, curiosamente, nunca fue puesto en práctica por el Ejecutivo, el cual sin vetar la ley y mediante simple oficio del ministro de Hacienda de entonces (1934) dispuso la ineficacia de los Concejos al negarse a transferirles rentas. Durante el largo periodo en el que estuvo en vigencia formal la Carta de 1933, nunca se aplicó este apartado constitucional, si bien se ensayaron algunas formas de descentralización, sobre todo con las llamadas Corporaciones de Desarrollo que, a nivel departamental, se empezaron a crear y extender en la década de 1950. Sus alcances fueron interesantes pero limitados.

Finalmente, la Constitución de 1979 quiso dar un paso más audaz y creó las regiones. El modelo, sin embargo, tal como pasó con la Constitución española de 1978, no estaba bien definido: no se decía cuáles eran las regiones, tampoco se precisaban sus competencias y se cometió el error de ir demasiado pronto a su implantación, fomentando el asambleísmo, con un modelo de asamblea regional que propiciaba el desorden antes que una política constructiva. Tal diseño y, sobre todo, la falta de gradualismo hicieron fracasar el modelo, que iniciado en 1982 fue prácticamente concluido en 1990, pero incompleto (jamás se decidió lo referente a Lima y el Callao).

Reaccionando contra tales excesos, la vigente Constitución de 1993 eliminó el modelo, aun cuando hizo una concesión nominal a las regiones; restableció los clásicos departamentos republicanos —en el fondo sin ningún valor, pues no se fijaron competencias ni rentas— y sobre todo fortaleció los municipios, con la idea de que la descentralización debía empezar por ellos (si bien una descentralización bien entendida no se agota en los municipios, pues, si así fuera, más que *descentralización* habría que hablar de *municipalización*). Sin embargo, estas buenas intenciones muy pronto iban a ser desmentidas por los hechos.[8]

V. Los gobiernos locales

El concepto de *gobierno local* es algo impreciso; en sentido estricto significa todo aquello que no es central, es decir, que no es el poder más importante sino lo que está ubicado en la periferia. Pero en este concepto se pueden entender muchas cosas: municipios, comarcas, partidos, parroquias, provincias, etc. Para los fines de este trabajo, utilizaremos el concepto de *gobierno local* como sinónimo de *gobierno municipal*, sin hacer por ahora distingos en las clases de municipio que pueden existir.[9]

Clásicamente, se entiende por municipio un pedazo de tierra relativamente pequeño, en el cual una determinada población se conoce, se trata, está en relación continua y adoptando decisiones en común. Implica, como se ha dicho de la antigua Francia, la capacidad de una persona de poder caminar hasta un sitio determinado, discutir y acordar diversos asuntos con los vecinos y luego regresar a pie el mismo día a su hogar. Así considerado, el municipio era de muy pocas leguas o kilómetros de extensión, pues fue pensado como un núcleo vital que reunía a los vecinos más cercanos, identificados con los mismos intereses y que vivían en un territorio compartido.

Esto explica que los países más tradicionales tuvieran gran cantidad de municipios. Incluso España tiene hoy más de 8.000 municipios y Francia más de 36.000, lo que contrasta grandemente con su extensión: ambos son más pequeños que muchos países americanos que tienen mucha mayor extensión, pero un número de municipios mucho menor.

---

[8] Un gran panorama puede verse en Pedro Planas, *La descentralización en el Perú republicano (1821-1998)*, Municipalidad de Lima, Lima, 1998.

[9] Sobre los gobiernos locales puede verse el colectivo coordinado por Paolo Biscaretti di Ruffía, *Problemi attuali del governo locale in alcuni stati occidentali*, Giuffré, Milán, 1977 (trata Bélgica, Francia, Alemania y los Estados Unidos de América), y el colectivo *Organización territorial del Estado*, editado por el Instituto de Estudios Fiscales, 3 t., Madrid, 1985. Ver igualmente Santiago Muñoz Machado (ed.), *Tratado de Derecho Municipal*, 2 t., Civitas, Madrid, 1998; Jorge R. Vanossi et al., *El municipio*, Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1996; y Antonio María Hernández, *Derecho Municipal*, Depalma, Buenos Aires, 1997, t. 1 (único publicado).

Es importante, sin embargo, señalar que este carácter directo, *cara a cara*, del municipio tiene una larga raíz histórica. De hecho, el municipio existió desde siempre, y los historiadores del Derecho lo hacen remontar hasta la época romana y aun antes. El municipio tuvo un desarrollo histórico vertiginoso y constituyó un interesante baluarte contra los abusos del feudalismo en la Edad Media, época en la cual incluso tenía privilegios frente a la corona (es el caso de las cartas-pueblos o fueros de la España medieval). Por eso, existiendo el municipio mucho antes que el Estado propiamente dicho —en todo caso, mucho antes que el Estado moderno—, anticipó la emancipación de los pueblos hispanoamericanos. El Imperio español, centralista y autoritario, trasladó sin embargo a sus colonias el cabildo —o municipio— que fue el eje de la vida local durante siglos y del cual nacieron las ulteriores repúblicas independientes. Y así se han conservado hasta ahora.[10]

VI. Ubicación del municipio dentro del Estado moderno

Como se ha señalado, el municipio tuvo un papel fundamental en la consolidación de la democracia y en el nacimiento de las nuevas repúblicas, así como en su desarrollo posterior, pero ha perdido gran parte de su protagonismo. En la Edad Media y en épocas posteriores, muchas veces los municipios se mantenían incólumes frente al poder central, el cual tenía que respetar sus derechos y prerrogativas. Todo esto ha cambiado radicalmente. Hoy el municipio se ha articulado dentro del aparato del Estado, cumpliendo sus propios fines, pero además con serias limitaciones, pues debe andar por los carriles que le fija el Estado y no por los que él quiera darse. El municipio actual ya no decide solo su destino: lo decide dentro de las pautas dadas por el Estado, con libertad de movimiento y con fines propios, pero dentro de un cuadrante determinado. Y esto sin contar con la aparición en Europa de la llamada *desmunicipalización*, cuya problemática requiere un tratamiento aparte.

No ha sido ésta la única limitación que ha tenido el municipio al ingresar en el siglo XIX y, aun más, en el siglo XX. Y es que, fortalecido el Estado moderno y existente el municipio como una realidad social e histórica, ambos se encuentran muy alejados para hacer las coordinaciones del caso. En la Edad Media los municipios iban por un lado y los reinos podían ir por otro, pero en los Estados modernos esto no es posible. Entonces surge la necesidad de la coordinación entre el Estado y los muni-

---

[10] Además, AA.VV., *Derecho Municipal iberoamericano*, INAP, Madrid, 1985; Daniel A. Márquez y Ricardo M. Zuccherino, *Derecho Municipal latinoamericano*, Buenos Aires, 1996; Carlos Mouchet, *Tendencias actuales de las instituciones municipales en América*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1961; Luis Ortega, *El régimen de las competencias locales*, INAP, Madrid, 1988; Luciano Vandelli, *El poder local: su origen en la Francia revolucionaria y su futuro en la Europa de las regiones*, MAP, Madrid, 1992.

cipios, y para ello se crean órganos intermedios: las provincias, los departamentos, las regiones, las comarcas, o cualquiera que sea el nombre que quiera dárseles. Así tendríamos la siguiente pirámide: en el vértice, el Estado; al medio, la región, departamento o comunidad autónoma; en la base, el municipio. La forma como cada uno de estos estamentos se desenvuelve depende, por cierto, de cada situación y de la legislación en la cual se mueve cada uno.

VII. El municipio en la Constitución de 1979

La Constitución peruana de 1979 es la primera que puede considerarse moderna en el siglo XX y representa una innovación con respecto a las que la precedieron. El modelo constitucional peruano, fraguado en los primeros años de la República, se condensó, por así decirlo, en la Carta de 1828, cuyas líneas matrices se mantuvieron durante más de cien años. Fue cambiada totalmente por la Constitución de 1979, que representó una ruptura frontal con el constitucionalismo anterior, ya que: a) adoptó una nueva estructura formal, b) modernizó su terminología, c) replanteó el problema de los derechos humanos, d) introdujo nuevas figuras constitucionales autónomas, tales como el Ministerio Público, el Tribunal de Garantías Constitucionales, el Consejo Nacional de la Magistratura, etc., e) replanteó la estructura clásica del poder y su distribución, tal como la estructura del Parlamento, f) diseñó una nueva distribución territorial del Estado, incluyendo con precisión las competencias de los municipios, etc. Cabe señalar que esta tendencia inaugurada en la Constitución de 1979 se mantiene en la actualidad, si bien es cierto que la vigente Carta de 1993 trajo algunas novedades y, sobre todo, un perfil ideológico-político más definido, acorde con los tiempos.

Pues buen, en la Carta de 1979, dentro del título dedicado a la descentralización, se establecen los gobiernos locales y los gobiernos regionales. El artículo 252 señala que las municipalidades son los órganos del gobierno local y tienen autonomía económica y administrativa en los asuntos de su competencia; precisa que habrá consejos municipales provinciales, distritales y demás que se establezcan conforme a ley.

En cuanto a sus competencias, el artículo 254 indicó las siguientes:

a. acordar su régimen de organización interior;
b. votar su presupuesto;
c. administrar sus bienes y rentas;
d. crear, modificar o suprimir contribuciones, arbitrios y derechos (se entiende que conforme a ley, como luego se interpretó adecuadamente);
e. regular el transporte colectivo, la circulación y el tránsito;
f. organizar, reglamentar y administrar los servicios públicos locales;
g. contratar con otras entidades públicas o privadas, preferentemente locales, la atención de los servicios que no administran directamente;
h. planificar el desarrollo de sus circunscripciones y ejecutar los planes correspondientes; y

i. las demás inherentes a su función, conforme a ley.

Por su lado, el artículo 255 estableció algunas prerrogativas especiales para las municipalidades provinciales y en exclusiva para éstas. Finalmente, el artículo 258 previó la existencia de una Ley Orgánica de Municipalidades.

VIII. El municipio en la Constitución de 1993

El capítulo dedicado a la descentralización en la vigente Constitución, al igual que en su predecesora, está dedicado a regiones y municipalidades. Las regiones se enuncian como proyecto, pero no existen: probablemente existan en el futuro.[11] En cuanto a las municipalidades, las disposiciones son similares a las de la Constitución anterior, ya que les asigna las siguientes competencias (artículo 192):

a. aprobar su organización interna y su presupuesto;
b. administrar sus bienes y rentas;
c. crear, modificar y suprimir contribuciones, tasas, arbitrios, licencias y derechos municipales;
d. organizar, reglamentar y administrar los servicios públicos locales de su responsabilidad;
e. planificar el desarrollo urbano y rural de sus circunscripciones y ejecutar los planes y programas correspondientes;
f. participar en la gestión de las actividades y servicios inherentes al Estado, conforme a ley; y
g. los demás que determine la ley.

Como puede verse, las similitudes son muy llamativas, si bien algo se pierde (como el control del transporte colectivo). Cabría llamar la atención sobre dos notas diferenciadoras:

1. En la vigente Constitución no se hace distinción, en cuanto a competencias, entre las municipalidades provinciales y las demás.
2. La nueva Constitución agrega, en forma adicional a la autonomía económica y administrativa, la autonomía política. Sobre esto volveremos más adelante.

La reciente reforma parcial de la Constitución ha afectado, como se indicó, la parte relativa a la descentralización, en la que se desarrolla todo lo concerniente a los gobiernos regionales y a los gobiernos locales.

---

[11] La ley 27680 de 6 de marzo de 2002 ha iniciado el proceso de reforma total de la Constitución, empezando con el título referido a la descentralización. En él se divide el territorio en regiones, departamentos, provincias y distritos, volviendo en parte a lo que señalaba la Constitución de 1979, pero sin distinguir las regiones de los departamentos, a los que confunde en cuanto ámbito territorial y competencias. Se prevé un proceso de creación de regiones a partir de los departamentos, lo que tomará algún tiempo.

En cuanto a estos últimos, la nueva versión del texto constitucional (que ahora ocupa el artículo 195, sancionado en marzo de 2002), repite los enunciados del texto primigenio de 1993, pero los amplía enormemente, adicionando las siguientes competencias:

a. plan de desarrollo local concertado con la sociedad civil (inciso 2);
b. zonificación, urbanismo y acondicionamiento territorial (inciso 6);
c. fomento de la competitividad, las inversiones y el financiamiento para la ejecución de proyectos y obras de infraestructura local (inciso 7);
d. desarrollo y regulación de actividades y servicios en materia de educación, salud, vivienda, saneamiento, medio ambiente, sustentabilidad de los recursos naturales, transporte colectivo, circulación y tránsito, turismo, conservación de monumentos arqueológicos e históricos, cultura, recreación y deportes, conforme a ley (inciso 8); y
e. presentación de iniciativas legislativas en materias de su competencia (inciso 9).

Como se ve, esta reforma, aprobada en un gobierno democrático, vuelve sobre el esquema planteado originalmente en la Carta de 1979, pero ampliándolo notablemente, como puede apreciarse de las competencias indicadas en el numeral *d*). Y esto como una reacción frente a la arremetida que el gobierno dictatorial de Fujimori (1990-2000) emprendió contra los municipios, despojándolos de rentas y poderes, desarticulándolos y privándolos de toda actividad y de cualquier iniciativa. Como siempre sucede, y como ley del péndulo, se les ha dado ahora mayor fuerza, dentro de un proceso global de descentralización el que no se ve claro cuáles serán las coordinaciones que deberán hacer entre ellos y las futuras regiones. Sin lugar a dudas, el nuevo esquema descentralizador no está claro y tendrá que sufrir ajustes en el futuro.

Sin embargo, cabe acotar que el grueso de las competencias que se otorgan al municipio por vez primera, y que quizá son las más sugestivas, están sujetas a la reserva de ley, esto es, serán precisadas en la Ley Orgánica de Municipalidades que se sancione en el futuro. Esto implica que, al ser desarrolladas por el Poder Legislativo, podrán ser moduladas o precisadas de diferente manera, según las circunstancias y enfoques de cada caso. De este modo, por encima de algunos postulados básicos que son privativos del municipio, siempre existe una dependencia de lo que establezca el legislador, de quien hay que esperar un procedimiento democrático, acorde con los tiempos que vivimos.

IX. La autonomía política del municipio

La palabra *autonomía* generalmente ha sido mal entendida y peor utilizada. En puro rigor y ateniéndonos a su significado etimológico, significa ‘capacidad de darse normas’, es decir, de autolegislarse, a diferencia de la *autarquía*, que es ‘capacidad de decidir libremente sobre cualquier asunto o de autogobernarse’. Pero en el lenguaje

cotidiano se utiliza la voz autonomía como equivalente a autarquía, no obstante ser distintas.[12] También en el lenguaje constitucional la palabra *autonomía* se usa con el significado corriente o coloquial, que es 'libertad de hacer algo sin ataduras ni dependencias'.

Pues bien, veamos qué se puede entender por *autonomía política*, y para eso nada mejor que ver algunos casos del derecho comparado (Constitución cubana de 1940, Filipinas, determinados municipios brasileños, municipios de varios estados de los Estados Unidos, etc.). Aquí se entiende por autonomía política la capacidad de darse su propia Constitución o carta constitutiva; en nuestro uso, darse su propia ley orgánica; lo que sabemos que no existe en el Perú. La Ley Orgánica de Municipalidades es dada por el Congreso, bajo determinados requisitos y con un quórum calificado.

Existe además otro componente de la denominada autonomía política: que los directivos del municipio, el alcalde y los regidores, sean elegidos por el voto popular. Esto es muy importante, pues las autoridades municipales tienen así una base fundamentalmente democrática, que por lo demás ha sido una constante en nuestra historia republicana, si bien con numerosas interrupciones (1920-1963 y 1969-1980).

Un tercer elemento que la caracteriza es que puedan decidir y manejar libremente sus propios asuntos, ejerciendo las competencias que les son propias.[13]

Finalmente, no hay que olvidar que el municipio, como gobierno de la ciudad, tiene una función y un rol político que no hay que subestimar.

X. La ley orgánica en el Perú: Constituciones de 1979 y 1993

El concepto de ley orgánica surge, al parecer, en la Constitución francesa de 1848 y de ahí se extiende a toda América Latina, que la adopta con variantes. Pero en general, puede decirse que en el Perú, por lo menos hasta 1979, este concepto no tenía ninguna significación específica, salvo la de destacar el carácter de una ley por la materia que regulaba. Así, se llamaba *orgánica* a una ley que desarrollaba una institución, especificaba la organización de un ente público, etc. Era un calificativo y nada más.

Sin embargo, la Constitución de 1979, en su artículo 194, adoptó el concepto de ley orgánica con un doble sentido:

1. aquella que era necesaria para desarrollar, organizar o precisar diversas instituciones, prerrogativas o derechos que la misma Constitución enunciaba; y adicionalmente, en estos casos,

---

[12] Cf. Miguel Sánchez Morón, *La autonomía local*, Civitas, Madrid, 1990; Carlos R. Alba y Francisco J. Vanaclocha (eds.), *El sistema político local; un nuevo escenario de gobierno*, Universidad Carlos III, Madrid, 1997; Luciano Parejo Alfonso, *Constitución, Municipio y garantía institucional*, Grijley, Lima, 2000; ídem, *Derecho básico de la Administración local*, Ariel, Barcelona, 1988. Un valioso planteo crítico y alternativo a la tesis de la "garantía institucional", cf. Javier García Roca, "El concepto actual de autonomía local según el bloque de la constitucionalidad", en *Revista de Estudios de Administración Local y Autonómica*, nº 282, enero-abril de 2000.

2. la ley necesitaba sancionarse con un quórum calificado, consistente en la mitad más uno del número legal de miembros de cada cámara.

Las conclusiones que se desprendían de esto era las siguientes:

a. determinadas instituciones sólo podían regularse por ley orgánica (Municipalidades, Fuerza Armada, Poder Judicial, Tribunal de Garantías Constitucionales, etc.);
b. la ley orgánica necesitaba para su aprobación parlamentaria de determinado quórum; y
c. cualquier alteración, modificación, derogación, complementación o ampliación de una ley orgánica sólo podía hacerse por otra ley orgánica.

Lo anterior es lo que se desprende de una lectura comprensiva de la Constitución y de lo que debió haberse hecho. Lamentablemente, estas prescripciones no siempre se han observado, lo cual, sin embargo, no enerva la validez de los enunciados.

Cabe agregar que el postulado de la ley orgánica se mantiene en sustancia con la vigente Constitución de 1993, y así consta en su artículo 106: su aprobación o modificación requiere el voto de más de la mitad del número legal de miembros del Congreso.

Es claro que las competencias municipales son las que señala la Constitución y las que desarrolla y consagra la Ley Orgánica de Municipalidades. Pero ésta no es pétrea ni eterna, puede ser cambiada *ad libitum* por el Legislativo, siempre y cuando observe el quórum reglamentario que la Constitución establece. Y en cuanto a interpretación y materias competenciales, la ley orgánica puede decir mucho y también puede cambiar sus enfoques y contenidos, en la medida en que respete el contenido esencial del marco constitucional.

Lo que no quedó claro en el debate constitucional de 1979, que las introdujo, fue el rango de las leyes orgánicas dentro de las fuentes del Derecho. Nada se dijo tampoco en los opacos debates que llevaron a la sanción de la Constitución de 1993. Y esto, por cuanto fue tomada de la Constitución española de 1978, en la que no se precisó cuál era su verdadero significado, motivo por el cual las perplejidades españolas pueden perfectamente reproducirse en el Perú, pero agravadas. Parte importante de la doctrina española sobre la materia ha llegado a la conclusión de que la ley orgánica es una ley superior al resto de las demás leyes, pero el tema sigue en discusión.[14]

---

[13] Sobre la potestad normativa local, cf. Antonio Embid Irujo, *Ordenanzas y reglamentos municipales en el Derecho español*, IEAL, Madrid, 1978; Carlos Mouchet, *La legalidad en el municipio*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1965; y Luciano Parejo Alfonso, "El alcance de la potestad reglamentaria local", en *Revista Jurídica del Perú*, nº 17, octubre-diciembre de 1998.

[14] Un planteo general se encuentra en L. Pegoraro y A. Rinella, *Le fonti nel diritto comparato*, G. Giappichelli, Turín, 2000 (edición en castellano en curso de publicación). Y para el caso de España, cf. Francisco Balaguer et al., *Derecho Constitucional*, Tecnos, Madrid, 1999, vol. 1. Enrique Álvarez Conde afirma lo siguiente: "Nuestra doctrina se encuentra dividida entre los que mantienen la supremacía jerárquica de las leyes orgánicas y los que la niegan. Nosotros consideramos más acertado el segundo criterio […]" (cf. *Curso de Derecho Constitucional*, 3ª ed., Tecnos, Madrid, 1999, p. 33).

XI. El bloque de constitucionalidad

La doctrina del bloque de la constitucionalidad o, más brevemente, del bloque de constitucionalidad (*bloc de constitutionnalité*) es de origen francés; nació en Francia y para los franceses, con buenos resultados. Al ser trasladada a España, para sorpresa de sus vecinos, ha creado una realidad distinta, multiforme y confusa. Últimamente ha pretendido ser también aplicada en el Perú, con resultados similares. Veamos, pues, en qué consiste.[15]

La Constitución francesa de 1958, que inaugura la V República, contiene en su texto declaraciones que dan fuerza normativa a tres instrumentos: 1) la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, 2) el preámbulo de la Constitución de 1946, en cuanto se refiere a los derechos sociales, y 3) los principios fundamentales reconocidos por las leyes de la República, que se sancionaron en diversos periodos (1792-1799, 1848-1851, 1870-1940, y las del gobierno provisional del general De Gaulle). Esto es, la Constitución hizo referencia a estos tres grupos normativos como si tuvieran nivel constitucional, considerándolas como parte de ella misma.

Ante tal situación, la jurisprudencia del Consejo Constitucional y luego la doctrina, a mediados de la década de los setenta, señalaron que existía un bloque de constitucionalidad; es decir, un conjunto compacto, granítico, indisoluble, entre la Constitución y los tres cuerpos normativos indicados, que juntos debían ser considerados como si todos ellos fueran una sola Constitución. Para tal efecto, le dieron el nombre de *bloque de constitucionalidad*.

La figura, enormemente persuasiva, tenía la ventaja de juntar en un solo esquema tales dispositivos, en la medida en que todos ellos eran parte de la Constitución, o sea, todos eran la Constitución misma. Y además todos ellos se referían a los derechos humanos.

A esta conclusión se llegó por cuanto estos tres textos normativos, si bien fuera de la Constitución francesa, eran reclamados por ésta como parte de ella misma, y por eso se entendió que eran un todo. Como corolario, se sostiene que el bloque de constitucionalidad es aquello que no está a la libre disposición del legislador ordinario. En otras palabras: se trata de una materia no disponible para el legislador ordinario, aun cuando sí lo está para el legislador constituyente.

Así considerado, el bloque se configura como una Constitución integrada por varios textos normativos, un poco al estilo de la tradición británica, en la cual, sin que exista una Constitución única codificada, hay varios textos de idéntico valor, que tratan materias distintas y que se han formado lentamente en el transcurso de la experiencia histórica inglesa. Por cierto, no son equiparables, pero tienen esta semejanza formal.

---

[15] Sobre el bloque de constitucionalidad, cf. Bernard Chantebout, *Droit Constitutionnel et science politique*, Armand Colin, París, 1989, esp. pp 711-714; Tomás-Ramón Fernández, *Las leyes orgánicas y el bloque de constitucionalidad*, Cuadernos Civitas, Madrid, 1981; y Louis Favoreu y Francisco Rubio Llorente, *El bloque de la constitucionalidad*, Civitas, Madrid, 1991.

Ahora bien, este concepto de bloque de constitucionalidad fue pronto apropiado por la doctrina española, fácil receptora de las experiencias foráneas, que la incorporó a su lenguaje y a su praxis, lo que fue acogido por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Sin embargo, los fundamentos eran distintos. Lo que se adujo es que los procesos autonómicos, con sus leyes autonómicas, eran parte de la Constitución española y conformaban con ella un bloque de constitucionalidad.

No obstante, lo que era claro para el caso francés, pues explicaba una realidad, no lo era para el español. En primer lugar, porque el bloque francés era nítido, identificable y cerrado, mientras que el bloque español era muy amplio, difuso y en continuo crecimiento. De esta manera, lo externo a la Constitución era gigantesco en comparación con la Constitución misma, y difícil de reconocer y delimitar. Además, lo que constituía el bloque no era indisponible para el legislador ordinario, sino modificable, aun cuando por procedimientos y carriles complicados, pues requería la colaboración de las comunidades autónomas, a diferencia de Francia, donde el bloque es inmodificable, salvo que se trate de una verdadera operación constituyente.

A fin de poner en claro estas ideas, en 1989 se realizó en Sevilla un Simposio Franco-Español de Derecho Constitucional, para tratar precisamente el concepto de bloque de constitucionalidad en Francia y en España. El coloquio giró en torno a dos ponencias magistrales; la del francés Louis Favoreu y la del español Francisco Rubio Llorente. La exposición de Favoreu fue clara e incidió en lo que hemos expuesto. La de Rubio Llorente llamó la atención sobre las dificultades del término empleado, lo complicado que era aplicarlo a España su preferencia por una denominación más comprensiva. El debate que siguió a las dos intervenciones, en las que participaron distinguidos constitucionalistas españoles (López Guerra, Cruz Villalón, Eliseo Aja, Manuel Aragón, Pérez Royo, etc.), llegó a las mismas conclusiones: dificultad del término, imposibilidad de adaptarlo a la realidad jurídica española y necesidad de sustituirlo. En todo caso, podría aceptarse la existencia de un bloque, pero bastante flexible. Lo importante es que en el debate que siguió a ambas exposiciones, muchos constitucionalistas rechazaron el término por inapropiado.

En el Perú no existe el bloque de constitucionalidad, ya que:

a. La Constitución no tiene una sola remisión a otro texto al cual incorpore a su mismo nivel y con la misma fuerza vinculante.[16]

---

[16] La Cuarta Disposición Final de la Constitución hace referencia a la Declaración Universal de Derechos Humanos y demás tratados de derechos humanos aprobados por el Perú. Pero a diferencia de la Constitución de 1979, que las constitucionalizó y las incorporó a su nivel, la vigente de 1993 se limita a señalar que tales tratados se tomarán en cuenta para *interpretar* los derechos que la misma Constitución consagra —con lo cual ha dejado de ser parte integrante de la Constitución para convertirse en criterio interpretativo de los derechos humanos consagrados en ella—. El punto es, entonces, hermenéutico.

b. Por debajo de la Constitución existen leyes, con diverso nombre, pero todas son iguales. No existe una ley superior a otras ni nada que se le parezca.
c. Las leyes orgánicas no forman parte de ningún bloque ni constituyen de por sí bloque alguno. Son leyes comunes y corrientes que sólo se diferencian es su contenido especifico y el quórum requerido para su aprobación.
d. Cualquier ley orgánica y su contenido pueden ser modificados por cualquier otra ley que dé el Congreso, siempre que ésta tenga las características de orgánica. En el caso municipal, el Congreso deberá respetar las competencias municipales, pero puede desarrollarlas en diferente sentido, ya que toda ley, como bien se sabe, permite diferentes lecturas. No existe ningún baremo que fije de una vez para siempre el contenido de una ley orgánica que, con las salvedades indicadas, puede ser cambiada en cualquier momento por el legislador ordinario.
e. El artículo 22 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, nº 26435, señala que dicho Tribunal, al momento de resolver la constitucionalidad o inconstitucionalidad, *considera* las leyes desarrolladas dentro del marco constitucional en materia competencial. El verbo es *considera*, es decir, 'tiene en cuenta y le sirve como referencia'. El Tribunal no está obligado a fallar de acuerdo con esas leyes ni tiene por qué darse un resultado único en las sentencias, toda vez que esas leyes de desarrollo constitucional pueden cambiar en cualquier momento.
f. Las competencias municipales fijadas en el texto constitucional deben ser respetadas en su contenido esencial. La Ley Orgánica de Municipalidades, a libre disposición del legislador ordinario, puede aumentarlas y volver a disminuirlas según las políticas legislativas vigentes.
g. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional jamás ha hecho referencia alguna al concepto de *bloque de constitucionalidad*, al que ignora sistemáticamente.
h. Si ninguna ley es un bloque ni forma parte de un bloque, con mayor razón dicho bloque no existe ni se extiende a niveles infralegales, como pueden ser los decretos y resoluciones que pudiera dictar el Poder Ejecutivo o las ordenanzas de los gobiernos locales.

XII. Las ordenanzas y su rango de ley

Los gobiernos locales, como se ha indicado, tienen prerrogativas y órganos de gobierno: el Alcalde y el Concejo compuesto por regidores. El Alcalde es el ejecutivo y el Concejo es el ente legislativo; por tanto, tienen la capacidad de dictar normas.[17]

---

[17] El problema municipal en el Perú ha sido poco atendido desde una perspectiva jurídica; de importancia en su época es la compilación de Juan José Calle, *Diccionario de la legislación municipal*

Estas normas son variadas, pero nos interesa llamar la atención sobre las de mayor rango que en nuestro sistema y en el de otros países se llaman *ordenanzas*.[18]

¿Cuál es el rango de estas normas? Las fuentes del Derecho se han ordenado clásicamente en función de las jerarquías; de esta suerte, la ley era superior al reglamento, éste a la resolución y así sucesivamente. Sin embargo, en las últimas décadas han entrado a operar otros criterios, en especial el de competencia. Así, en la Constitución de 1979 se estableció que correspondía al Poder Ejecutivo (artículo 211, inciso 22) fijar los aranceles de aduana. Quebró así el clásico monopolio del Congreso en materia tributaria (el arancel de aduana es un tributo). Si el Congreso de la República fijara el arancel por ley expresa, esa ley sería inconstitucional y no podría prevalecer contra el decreto supremo, porque así lo ha establecido la Constitución. Este tópico, que ha sido reiterado en la vigente Carta de 1993 (artículo 118 inciso 20), ha remodelado y puesto en crisis el clásico concepto de jerarquía que rigió durante décadas en los Estados modernos y entre nosotros.

En el mismo sentido, las ordenanzas, en cuanto auténticas leyes municipales,[19] tienen rango de ley:

a. por las materias que desarrollan y
b. dentro de un determinado territorio.

Así lo estableció indirectamente la Constitución de 1979, al señalar en su artículo 298 que contra ellas podía interponerse la acción de inconstitucionalidad, que se endereza contra las normas con rango de ley. En igual sentido lo reitera, y en forma más explícita, la vigente Constitución de 1993, en su artículo 200, inciso 4.

Por eso la ordenanza debe cumplir los siguientes requisitos:

1. desarrollar en forma directa las competencias que en forma expresa otorga la Constitución del Estado a los municipios;
2. desarrollar en forma genérica lo que señala la Ley Orgánica de Municipalidades; y

---

del Perú, 4 t., Imp. Torres Aguirre, Lima, 1906-1911, así como Carlos Concha, *El régimen local*, Lima, 1917; y Humberto Núñez Borja, *La institución municipal*, Ed. de la Universidad, Arequipa, 1961. Más recientemente, Mario Alzamora Valdez, *Derecho Municipal*, Lima, 1972; Julio C. Castiglioni, *Manual de Derecho Municipal*, Lima, 2001, y José F. Palomino Manchego, "L' autonomia municipale nella Costituzione peruviana del 1993", en *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, nº III, 2001.

[18] Sobre las ordenanzas, cf. AA.VV., *El rango de ley de las ordenanzas municipales en la Constitución de 1993*, compilación de Ernesto Blume F. con prólogo de Domingo García Belaunde y colaboraciones de Ángel Delgado Silva, Francisco Fernández Segado, César Landa Arroyo, César Ochoa Cardich y José F. Palomino Manchego, Lima, 1997; y Ernesto Blume Fortini, *La defensa de la Constitución a través de la ordenanza municipal*, Grijley, Lima, 1998. Críticas a este enfoque, cf. Carlos R. Noda Yamada, "Municipalidades y ordenanzas en el Perú", en *Ius et Veritas*, nº 16, 1998, y Ángel V. Horma Chicchón, "¿El Estado soy yo?", *Advocatus*, I, 1998.

[19] Así lo señaló claramente Hans Kelsen en la década del veinte, en una de sus obras clásicas, cf. *Teoría general del Estado*, Labor, Barcelona, 1934, p. 240.

3. aplicar en detalle, lo que señala la Ley Orgánica de Municipalidades como competencia expresa.

Pero, como quiera que las competencias señaladas en la Constitución para las municipalidades son escuetas y con reserva de ley, es claro que en la mayoría de los casos las ordenanzas deben limitarse a desarrollar lo que expresamente señale su Ley Orgánica. De esta suerte, el municipio se rige por dos textos legales: la Constitución y su Ley Orgánica, y a ellos debe ceñirse en su producción legislativa. Por tanto, no puede, en afán creativo, arrogarse nuevas competencias con el pretexto de interpretar su autonomía en un sentido figurado y amplísimo, ni menos invadir competencias de otros órganos del Estado, así como tampoco las de otros municipios, en especial los municipios menores.

XIII. A manera de conclusión

Las constituciones modernas, a diferencia del constitucionalismo clásico en sus inicios, han optado no sólo por la distribución horizontal del poder (Legislativo, Ejecutivo y Judicial), sino por la distribución vertical (regiones, estados, provincias, municipios, etc.). Cada uno de estos niveles está dotado de características y competencias distintas, según los modelos o formas de Estado y la manera como han llevado a cabo su diseño administrativo (centralización/descentralización). Lo normal es que sean los textos constitucionales los que especifiquen estos ámbitos y remitan a la normativa infraconstitucional su adecuado desarrollo.

El Perú, por tradición secular, pero con más firmeza desde principios del siglo XX, ha consagrado la autonomía para el régimen municipal en lo financiero, en lo administrativo y, últimamente, en lo político. En un sentido fuerte, la autonomía política conlleva no sólo la elección popular de los miembros del municipio, sino el propio y libre manejo de sus asuntos, así como la capacidad de dictarse su propia carta normativa (estatuto o ley orgánica). La autonomía política en sentido pleno no ha sido consagrada en el Perú, por cuanto, si bien es cierto que la Constitución en forma expresa ha señalado cuáles son sus competencias, también es cierto que el grueso de ellas le han sido adjudicadas o desarrolladas mediante la Ley Orgánica de Municipalidades, que emana del órgano legislativo. No obstante esto, goza de un amplio campo de acción que viene de su configuración histórica y política.

La ley orgánica, al contemplar las competencias del municipio: 1) reitera y desarrolla las competencias que en forma expresa le asigna el texto constitucional, y 2) otorga nuevas competencias a los municipios que no están expresamente consagradas en la Constitución, a pesar de lo cual así lo dispone el legislador por razones de política o por considerar que corresponde hacerlo, dada la naturaleza misma del régimen local, y también porque desarrolla los conceptos genéricos que la Constitución se ha limitado a enunciar.

En cuanto al desarrollo de las competencias del gobierno local que están en la Constitución, es obvio que sobre ellas no puede haber cambio alguno ni pueden ser

transferidas a otros entes, por lo menos en su contenido esencial; en este sentido, sus alcances deben precisarse en la ley respectiva. En cuanto a las competencias que el legislador por propia decisión ha otorgado al municipio, es evidente que ellas, por diferentes motivaciones políticas, podrían muy bien ser adjudicadas o trasladadas a otros organismos estatales e incluso privatizarse, siempre y cuando no estén unidas, en su forma sustancial, a lo que podría llamarse el *gobierno municipal por naturaleza* (con todas las imprecisiones que este término tiene). Finalmente, las competencias cuyo desarrollo la Constitución encarga a la ley orgánica pueden tener una suerte muy variada, dependiendo de lo que las fuerzas políticas en el Congreso decidan en ese momento. Evidentemente, en el municipio hay un componente histórico y democrático que debe ser respetado.

El *bloque de constitucionalidad*, surgido en Francia y adoptado en España en medio de grandes debates, es poco útil entre nosotros, pues no se da en el Perú la situación francesa —por lo demás, bastante nítida— ni la española —complicada y muy discutida en la doctrina— que distingue, con fundamento dudoso, entre *bloque de constitucionalidad* y *parámetro de constitucionalidad*.[20] En el Perú no existe un bloque, porque ni la Constitución ni la ley ni la jurisprudencia así lo han establecido; aún más: no hay sustento alguno para defender su existencia. Ello no impide que existan *referentes* o *parámetros de constitucionalidad* meramente indicativos y no vinculantes.

Las leyes orgánicas no han motivado entre nosotros ningún debate como los que ha habido en España. Por el contrario, desde 1980 hasta la fecha han sido devaluadas por el legislador ordinario y no han merecido ninguna recreación jurisprudencial.

Las municipalidades, dentro del ámbito de sus competencias y en un territorio determinado, pueden dar sus propias ordenanzas, que tienen rango de ley. Lo que ellas desarrollen en exclusiva, partiendo de la Constitución y de su propia Ley Orgánica de Municipalidades, es algo que está vedado a la ley ordinaria del Congreso —que en caso de hacerlo incurriría en inconstitucionalidad—. Sin embargo, el mismo Congreso puede cambiar de criterio si cambia la Ley Orgánica, pero respetando el marco competencial que en su aspecto sustancial se encuentra en la Constitución.

---

[20] El concepto francés de *bloque de constitucionalidad*, en realidad, no es exportable. La adopción española no pasa de ser un concepto confuso que sirve para agrupar normas afines y a las que se otorga preferencia como referentes de interpretación y aplicación, pero cuyos contenidos son variables e imprecisos. En el Perú se ha usado, en ciertos sectores, el enfoque español, pero relativizado y en forma tan amplia, que al final no significa nada. Para los mismos fines es preferible usar otro concepto que sea más ajustado a la realidad y menos vulnerable.

Para América Latina, cf. Claudio Véliz, *The centralist tradition of Latin America*, Princeton University Press, N.J., 1980. Sobre el Perú, cf. Emilio Romero, *El descentralismo*, CIP, Lima, 1932; Baltazar Caravedo, *El problema del descentralismo*, Universidad del Pacífico, Lima, 1983; Johnny Zas Friz-Burga, *La descentralización ficticia: Perú 1821-1998*, Universidad del Pacífico, Lima, 1998.

El municipio no es una isla dentro del Estado, sino un ente público con determinadas funciones y competencias que nacen de la Constitución y las desarrolla en exclusiva su respectiva Ley Orgánica. Al amparo de ésta llevan a cabo su labor legislativa mediante las ordenanzas, que deben guardar armonía con el resto del ordenamiento jurídico y con los fines del Estado.

No está de más recordar que el municipio republicano —heredero del viejo cabildo indiano— ha estado indisolublemente unido a nuestra tradición histórica y ha sido un baluarte en la defensa de los valores democráticos. Lo comprueba el hecho incontestable de que son precisamente las dictaduras las que lo mediatizan, limitan y anulan en su accionar, y resurge nuevamente cuando se restablecen las libertades y retorna la democracia.

Guillermo I. Ortiz Mayagoitia (México) *

El orden jurídico nacional a la luz de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos **

I. Introducción. La unidad normativa. Los diversos órdenes jurídicos

Todo orden jurídico no es sino un sistema de normas que constituyen una unidad. La unidad de estas normas se halla constituida por el hecho de que la creación o el contenido de la de grado más bajo se encuentra determinada por otra de grado superior, cuya creación, a su vez, está prescrita por otra todavía más alta hasta llegar a la norma de mayor rango: la Constitución, la cual representa la suprema razón de validez de todo el ordenamiento jurídico.

Así, cuando una norma jurídica es válida por haber sido creada en la forma o con el contenido establecido por otra, la última constituye la razón de validez de la primera y la relación entre éstas aparece como un vínculo de supra y subordinación, donde la que determina la creación de la otra es de orden superior, y la creada sobre esa base tiene un grado inferior o de subordinación con respecto a aquélla.

La ordenación jerárquica de las normas que componen un mismo sistema es siempre un problema complejo; sin embargo, el problema se complica extraordinariamente cuando el sistema corresponde a un Estado de tipo federal, como sucede con el orden jurídico de México.

Definido por la Constitución el ámbito espacial de validez de un orden jurídico, en un sistema de carácter centralista todas las normas valen para dicho territorio sin distinción de parcialidades territoriales; eso quiere decir que todas las normas pueden válidamente ser aplicadas en cualquier parte del territorio, sin que los órganos encar-

---

* Ministro de la Suprema Corte de Justicia de México.

** La redacción de este texto estuvo a cargo de la Lic. Mara Gómez Pérez, secretaria de Estudio y Cuenta de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, bajo la dirección y con la aprobación del autor.

gados de su ejecución tengan que hacerlo únicamente dentro de una circunscripción específica.

En cambio, en un régimen normativo de carácter federal las normas tienen distintos ámbitos espaciales de validez; el sistema se constituye por normas que valen para distintas partes del territorio nacional y existen ciertas autoridades que sólo pueden aplicar determinadas normas en una circunscripción espacial específica.

Así pues, un régimen federal necesariamente se compondrá de normas que valen para la totalidad del territorio (normas federales) y varios subconjuntos de normas que valen sólo para determinadas partes del territorio (normas locales).

Pero si en los estados federales existen al menos dos clases de normas, las federales y las locales, tiene que existir, por necesidad lógica, una norma superior que delimite y especifique los ámbitos de validez de esos órdenes normativos, pues si esa norma no existiese no podría afirmarse que existe una unidad del orden normativo y no habría fundamento jurídico alguno que permitiera la división de los distintos ámbitos de validez.

Esta norma que delimita los ámbitos de validez de los diversos órdenes jurídicos es la Constitución Federal, la cual tiene un rango o nivel superior a las normas constitutivas de la federación y los órdenes locales.

Todo esto implica que en los sistemas de corte federal, además de los órdenes local y federal, existe un orden más: el orden constitucional.

Pero veamos cómo se aplican estos principios en el régimen jurídico mexicano.

II. Rasgos generales de la estructura normativa del orden jurídico mexicano

La Constitución mexicana es la norma de normas en el país. Impone deberes, crea limitaciones, otorga facultades y concede derechos. Nada ni nadie puede estar sobre ella, pues su naturaleza de suprema niega la posibilidad de que esté sometida a otro cuerpo normativo superior y, en cambio, requiere que todo le sea inferior y que cada acto de autoridad esté de acuerdo con ella. Toda la estructura normativa del país descansa sobre esta idea.

El artículo 40 de la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos establece:

> Es voluntad del pueblo mexicano constituirse en una República representativa, democrática, federal, compuesta de Estados libres y soberanos en todo lo concerniente a su régimen interior; pero unidos en una Federación establecida según los principios de esta ley fundamental.

Y el artículo siguiente, esto es, el 41, dispone:

> El pueblo ejerce su soberanía por medio de los Poderes de la Unión, en los casos de la competencia de éstos, y por los de los Estados, en lo que toca a sus regímenes interiores, en los términos respectivamente establecidos por la presente Constitución Federal y las particulares de los Estados, las que en ningún caso podrán contravenir las estipulaciones del Pacto Federal.

En forma adicional, la Constitución mexicana señala que, tanto en el orden federal como en el local, se debe observar el principio de división de poderes, de tal forma que la función legislativa se deposite en un órgano colegiado, la ejecutiva en una persona y que la función judicial se ejerza por diversos tribunales.

Sin embargo, el principio que determina las atribuciones que respectivamente corresponden a los Poderes de la Unión y de los Estados es el que consagra el artículo 124 de la propia Constitución, según el cual "[l]as facultades que no están expresamente concedidas por esta Constitución a los funcionarios federales, se entienden reservadas a los Estados". La enumeración de los estados integrantes de la federación mexicana la encontramos en el artículo 43.

Ahora bien, aunado a lo anterior, los artículos 44 y 122 definen la naturaleza y territorio del Distrito Federal, que es el sitio geográfico donde se asientan los poderes federales, así como el régimen conforme al cual se debe regir dicha entidad.

Por su parte, el artículo 115 de este mismo cuerpo normativo fundamental expresa que los estados tendrán como base de su división territorial y de su organización política y administrativa al *municipio libre* y, asimismo, que los ayuntamientos municipales tendrán facultades para expedir bandos de policía y buen gobierno, reglamentos, circulares y disposiciones administrativas de observancia general dentro de sus respectivas jurisdicciones.

Pero el principio fundamental del orden jerárquico normativo del derecho mexicano lo formula el artículo 133 al expresar:

> Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión. Los jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de los Estados.

Éstos son los preceptos esenciales sobre los cuales descansa nuestra organización normativa y de los que podemos desprender con toda claridad que en nuestro país existen varios órdenes normativos u órdenes de gobierno, esto es, un orden constitucional y diversos órdenes parciales.

El Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha señalado, en jurisprudencia firme, que dichos órdenes son los siguientes: el orden federal, el local o estatal, el del Distrito Federal y el orden constitucional. La jurisprudencia a que nos referimos lleva por número PJ 95/99 y es del tenor siguiente:

> CONTROVERSIA CONSTITUCIONAL. LOS DIVERSOS ÓRDENES JURÍDICOS ESTABLECIDOS EN LA CONSTITUCIÓN FEDERAL TIENEN AUTONOMÍA FUNCIONAL Y ASIGNACIONES COMPETENCIALES PROPIAS. Del contenido de los artículos 1º, 40, 41, primer párrafo, 43, 44, 49, 105, fracción I, 116, primero y segundo párrafos, 122, primero y segundo párrafos, 124 y 133, de la Constitución Federal, puede distinguirse la existencia de cuatro órdenes jurídicos dentro del Estado mexicano, a saber: el federal, el local o estatal, el del Distrito Federal y el constitucional. Cada uno de ellos cuenta con asignaciones competenciales propias que, por regla general, son excluyentes entre sí, contando con autonomía para su ejercicio a cargo de las autoridades correspondientes.

Desde luego, el texto de este criterio jurisprudencial es ilustrativo y esclarecedor. No obstante, estimamos que en él faltó enumerar al orden municipal; además de que, en atención a la reciente reforma constitucional relativa a los usos y costumbres de los pueblos indígenas, es necesario también analizar si dichos usos y costumbres conforman un nuevo orden normativo o no.

Y es que, en el sistema mexicano, los órdenes jurídicos en algunas ocasiones aparecen de manera diáfana y claramente diferenciada, pero en otras parecen intercalarse entre sí creando una estructura jerárquica en la que las normas se entrelazan de manera muy particular, todo lo cual genera no pocas dificultades al momento de determinar la jerarquía y el ámbito de aplicación de una norma.

Precisamente por ello, en este estudio se pretenden pormenorizar los principios que rigen la estructura normativa del orden jurídico en México y establecer las bases conforme a las cuales debe determinarse la aplicación de las normas jurídicas de acuerdo con el orden normativo al cual pertenecen.

Nuestra tarea en esta ocasión será describir someramente cada uno de estos órdenes, analizarlos y delimitar, en la medida de lo posible, el campo de acción que a cada uno corresponde de acuerdo con el texto de la Constitución, para lo cual partiremos del grado inferior hasta llegar al superior; esto es, comenzaremos por referirnos, aunque de manera muy breve, a los usos y costumbres de las comunidades indígenas; en segundo término aludiremos al orden municipal; luego al estatal y más tarde al correspondiente al Distrito Federal; después analizaremos el orden relativo a las normas federales que, desde luego, es el más complejo, para concluir con el orden jurídico constitucional.

III. Los usos y costumbres de las comunidades indígenas

Como bien es sabido, el 14 de agosto del 2001 se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* un reforma a los artículos 1º, 2º, 4º, 18 y 115 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

De esta reforma destaca, para nuestros efectos, lo señalado en el nuevo texto del artículo 2º constitucional, respecto a la integración pluricultural de la nación.

En este precepto se alude a las instituciones sociales, económicas, culturales y políticas de los pueblos indígenas, a su derecho a la libre determinación, a la posibilidad de que apliquen sus propios sistemas normativos en la regulación y solución de los conflictos internos, a la elección de sus autoridades o representantes para el ejercicio de sus formas propias de gobierno interno, a la garantía que deben otorgar la federación, los estados y los municipios para la vigencia de los derechos indígenas, etc., aunque, eso sí, todo ello sujeto “a los principios generales de esta Constitución, respetando las garantías individuales, los derechos humanos”, y “en un marco que respete el pacto federal y la soberanía de los estados”.

La amplitud del reconocimiento de la autorregulación indígena, que incluye tanto la posibilidad de crear y aplicar su propio derecho, como la facultad para nombrar

a sus propias autoridades, desde luego hace pensar en la existencia de un nuevo orden jurídico.

No obstante, en atención a que aún no se han expedido las leyes reglamentarias ni, por ende, definido los alcances de este precepto, a más de que actualmente están planteados ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación numerosos conflictos constitucionales con la pretensión de anular esta reforma, dejaremos este interesante tema para investigaciones posteriores. De momento únicamente queremos resaltar que, tal y como está concebido en la Constitución hoy día, el régimen de las comunidades indígenas sin lugar a dudas constituye un nuevo orden jurídico que se aúna a los que estudiaremos en adelante.

IV. La normatividad municipal

Como decíamos, de acuerdo con el sistema de creación y jerarquía de normas que establece nuestra Constitución, éste es uno de los órdenes de creación normativa de grado inferior, pero no por ello el menos importante.

Los municipios, desde su reconocimiento como tales en la Constitución, conforman células de organización política a cuyos ayuntamientos se les reconoce la facultad de crear tanto normas generales como individualizadas, esto es, bandos de policía y buen gobierno, reglamentos, circulares y disposiciones administrativas de observancia general, a las cuales, de manera genérica, se denomina simplemente *bandos*.

En el pasado, en muchas entidades federativas existió la duda sobre si los municipios podían, por medio de sus ayuntamientos, dar reglamentos y órdenes de observancia general. Sin embargo, en la actualidad el texto expreso del artículo 115, fracción II, segundo párrafo, elimina cualquier incertidumbre al disponer expresamente:

> Los ayuntamientos poseerán facultades para expedir de acuerdo con las bases normativas que deberán establecer las legislaturas de los Estados, los bandos de policía y buen gobierno y los reglamentos, circulares y disposiciones administrativas de observancia general dentro de sus respectivas jurisdicciones.

Ahora bien, los bandos municipales están sujetos a ciertos principios emanados de nuestra propia Constitución, de los que por su importancia, destacan los siguientes:

- Se trata de verdaderos ordenamientos normativos, es decir, tienen la característica de estar compuestos por normas generales, abstractas e impersonales.
- Entre los bandos de policía y buen gobierno y los demás acuerdos, órdenes y resoluciones de un ayuntamiento —salvo que la legislación local establezca alguna disposición en contrario—, no existe una relación de jerarquía, sino que todos tienen el mismo rango legal.
- Por lo que hace a su ubicación jerárquica dentro del orden jurídico mexicano, se puede afirmar que dichos cuerpos normativos ocupan, después de la Constitución Federal, los tratados internacionales, las leyes federales, las constituciones y las leyes locales, el último escaño. Ello, claro está, sin per-

juicio de lo que se señaló respecto de los usos y costumbres de las comunidades indígenas.

– Normalmente no se trata de ordenamientos rígidos, toda vez que pueden ser modificados o derogados por el propio ayuntamiento que los emitió o por cualquiera de los que le sigan en el mando, sin más formalidades que las que se hayan seguido para su emisión.
– Esta atribución de dictar normas generales les está conferida a los municipios por disposición constitucional, por lo que es una función que sólo ellos pueden desempeñar, sin que, ante su inactividad o silencio, la puedan realizar las autoridades federales o las del orden común.
– Los bandos son instrumentos locales complementarios de la actividad legislativa que corresponde al Congreso del Estado, pues se circunscriben a regular la vida de una comunidad en las materias relacionadas con ésta y que no hayan sido normadas por la legislatura. De alguna forma, cubren los vacíos legales dejados por la legislación local; de ahí que se los califique de *complementarios*.

No obstante, los ayuntamientos, en ejercicio de su facultad regulatoria, deben respetar ciertos imperativos:

1. Los bandos no pueden estar en oposición a la Constitución General ni a las de los estados, así como tampoco a las leyes federales o locales.
2. En todo caso, deben adecuarse a las bases normativas que emitan las legislaturas de los estados.
3. Deben versar sobre materias o servicios que les correspondan legal o constitucionalmente a los municipios.

Los anteriores principios nos dan ya una idea clara de estas normas y de su sitio dentro del sistema jurídico nacional, al mismo tiempo que nos permite seguir adelante en el desarrollo de nuestro objetivo, a lo cual procederemos.

V. Las disposiciones jurídicas de carácter local

En términos generales, el orden estatal está subordinado directamente a la Constitución General y determinado por cada una de las constituciones de los estados en sus respectivos ámbitos de validez.

Técnicamente es éste el orden más amplio, pues, de acuerdo con la regla establecida en el artículo 124 constitucional y las disposiciones del artículo 115 de este mismo ordenamiento, se conforma de manera residual por todo aquello que no está conferido expresamente a la federación o a los municipios.

No obstante, en realidad es un orden que se encuentra ampliamente limitado y, sobre todo, rigurosamente sometido a las reglas que al efecto establece la Constitución Federal, por cuanto ésta contiene un considerable número de prohibiciones y obligaciones, a más de que faculta a los órganos federales para intervenir en numerosos supuestos en la vida institucional de las entidades.

Ahora bien, cuando un estado dicta su Constitución o la modifica, técnicamente lo que está haciendo es ejercer la facultad de reglamentar, en el nivel local, la Constitución General.

El artículo 41 de la Constitución General de la República establece de manera textual que las Constituciones de los Estados "en ningún caso podrán contravenir las estipulaciones del Pacto Federal". Sin embargo, una carta local debe estar de acuerdo con la Constitución General no sólo porque no la contradiga o porque establezca, cuando menos, los poderes y órganos que aquella prevé y les atribuya las facultades y funciones que les son razonablemente inherentes, sino que debe, además, establecer los principios generales para que, en virtud de la aplicación del artículo 124 constitucional, sus poderes adquieran y puedan ejercer todas las facultades que corresponden a los estados por no haber sido atribuidas en forma expresa a los poderes federales. De tal suerte, cuando una constitución local establece fórmulas terminantes o hace una relación total de las facultades de sus poderes sin agregar que asimismo gozan de las que derivan residualmente a su favor de la Constitución General, en teoría las excluye y por ende limita a los poderes locales de conocer de materias que les corresponden constitucionalmente, lo cual no hace sino dejar vacíos de autoridad.

En esa tesitura, una constitución estatal debe expedirse con base en el principio de que el derecho local es la regla general, y el federal, por el contrario, excepcional y expreso.

Aunado a lo anterior, debe decirse que los estados no están constreñidos a establecer únicamente las autoridades, poderes u órganos de gobierno previstos en la Constitución General. Pueden, según sus necesidades, crear cuantas autoridades consideren indispensables para su desarrollo y atribuirles las facultades o establecer las limitaciones que consideren pertinentes, siempre y cuando no se trate de aquellos entes expresamente prohibidos por la Constitución Federal (como podría suceder con las autoridades intermedias), y siempre y cuando, también, dichos órganos u autoridades no invadan el campo federal o el municipal.

Por otro lado, en virtud del pacto federal los estados están obligados en forma permanente a conservar afines sus constituciones y a establecer normas acordes con la general. No está de más recordar que son los jueces federales los facultados para determinar, en última instancia, si una constitución o una ley local están o no de acuerdo con la Constitución General de la República.

En suma, el orden estatal en México es un ámbito complejo que se rige por lo que al efecto señalan la Constitución General, las particulares de los estados, las leyes locales y los reglamentos que expiden los gobernadores, pero que, en algunos casos específicos que veremos más adelante también se encuentra subordinado a ciertas leyes de carácter federal.

VI. El régimen jurídico del Distrito Federal

Especial atención para nuestros efectos merece el régimen al cual se encuentra sujeta esta entidad.

Por principio, hay que dejar sentado que el Distrito Federal es parte integrante de la federación mexicana y que, como tal, le son imponibles todas las obligaciones que establece la Constitución para las partes de la federación, independientemente de su régimen especial y de que sea o no el asiento de los Poderes Federales; verbigracia, el pertenecer en forma estable a la federación, el regirse por la Constitución General, etcétera.

Ahora bien, en él residen y funcionan, además de las autoridades federales, autoridades de orden local. De ahí que se le reconozca una doble naturaleza.

En efecto, esta entidad atravesó un largo proceso de reformas sucesivas que inició en 1987 y concluyó hacia el año de 1996. En virtud de dicho proceso, el Distrito Federal transformó su estructura jurídica y su organización política, y fue dotado con órganos de autoridad propios. No se llegó, ni con mucho, al extremo de crear otro estado de la federación, pero numerosos elementos nos hacen estimar que se trata de una forma de organización híbrida que cada vez se acerca más a la de un estado.

Como resultado del proceso de reformas aludido, el Distrito Federal cuenta ahora con órganos de gobierno que ejercen, aunque de manera parcial, las funciones ejecutiva, legislativa y judicial de la entidad, y a los que no se les dio el rango de poderes a efecto de que no se pensara que se trata de un estado.

Cabe decir, además, que dichos órganos de gobierno y los habitantes de esta entidad se encuentran sujetos a un estatuto que les es impuesto por los órganos federales y no a una constitución dictada por sus propios representantes. Efectivamente, desde 1993 el Distrito Federal cuenta con un estatuto de gobierno que hace las veces de constitución local. Dicho instrumento, que regula la estructura y funcionamiento de sus órganos, fue expedido por el Congreso de la Unión, el que además puede reformarlo o derogarlo y sustituirlo por otro en cualquier momento. En esa virtud, y pese a que dicho estatuto haga las veces de constitución en esta entidad, lo cierto es que las leyes que el Congreso de la Unión emite para el Distrito Federal respecto de aquellas materias que no han sido confiadas a la Asamblea Legislativa, tienen idéntico valor jerárquico que el estatuto de gobierno y deben ser respetadas en igual medida por las autoridades locales.

Esto es así en virtud de que, como acto emanado del órgano legislativo federal, el estatuto es una norma que tiene el mismo rango que las leyes federales en este ámbito, pese a que en el local goce del atributo de ser supremo en relación con las autoridades del Distrito Federal. Así pues, las normas que emita la Asamblea Legislativa en uso de las facultades que tiene conferidas deben necesariamente ser acordes tanto con el estatuto de gobierno, como con las demás leyes federales, sin que puedan contradecirlos por ningún motivo.

Por otro lado y a diferencia de lo que sucede para los estados, los órganos de gobierno que se detallan en el estatuto son los únicos que pueden existir, ya que la Asamblea Legislativa no tiene facultades para crear otros.

Asimismo, el Congreso de la Unión sólo tiene, en relación con el Distrito Federal, las facultades expresas que están consagradas en la Constitución, en tanto que el Presidente de la República tiene las facultades que derivan a su favor tanto de la Constitución General como del propio estatuto de gobierno, y las autoridades jurisdiccionales del Distrito Federal gozan prácticamente de las mismas facultades que aquellas con que cuentan las de cualquier estado de la república.

Por otro lado, hay que señalar que las facultades de los órganos locales del Distrito Federal son enumeradas de manera taxativa en la Constitución General. En esa medida, las atribuciones no conferidas por la Constitución a los órganos locales se entienden reservadas a los poderes federales.

En suma, el particular orden jurídico de la entidad denominada Distrito Federal se rige, de manera primigenia, por lo señalado en la Constitución General; en segundo término, por su estatuto de gobierno, las leyes expedidas para dicha entidad por el Congreso de la Unión y, en cierta medida, también las demás leyes federales; en tercer lugar, por las leyes expedidas por la Asamblea Legislativa, y en cuarto y último grado, por los reglamentos que, de conformidad con la fracción IV del apartado B, y con la fracción II, inciso *b*, de la base segunda, ambos del artículo 122 constitucional, corresponden al Presidente de los Estados Unidos Mexicanos, cuando se trate de leyes expedidas por el Congreso de la Unión, y al Jefe de Gobierno del Distrito Federal, cuando se trate de leyes expedidas por la Asamblea Legislativa.

VII. El orden jurídico federal

1. Los diversos tipos de leyes federales

He aquí el orden jurídico más complejo. De acuerdo con el principio ya enunciado, conforme al cual las facultades que no están conferidas a los funcionarios federales se entienden reservadas a los estados, todas y cada una de las facultades federales las encontramos en la Constitución General, que para estos efectos no es más que un catálogo de atribuciones del orden federal. Sin embargo, la propia Constitución regula diversos tipos de leyes federales con un ámbito de aplicación totalmente diverso que genera no pocas dudas y complicaciones en cuanto a su aplicación.

En efecto, como tendremos oportunidad de constatar, este orden se compone de distintos tipos de normas federales cuya estratificación dentro del orden jurídico general es compleja y cuyas características divergen considerablemente entre sí, pero que no por ello dejan de ser leyes federales. En esa medida, y a efecto de estudiarlas y comprender su funcionamiento, es menester que las ordenemos de alguna manera.

Así pues, siguiendo con estricto apego las normas constitucionales que existen sobre el particular y los principios que aquí hemos señalado, las hemos clasificado en: a) leyes federales ordinarias; b) leyes federales generales, y c) leyes federales de aplicación especial. A continuación explicaremos esta clasificación refiriéndonos a cada uno de estos rubros en lo particular.

A. Leyes federales ordinarias

Éstas son las leyes federales que podríamos llamar *comunes*, es decir, aquellas que son dictadas por el Congreso de la Unión en uso de las facultades que la Constitución le concede, de acuerdo con el procedimiento establecido en el artículo 72 constitucional, que aun cuando tienen vigencia en todo el país son aplicadas única y exclusivamente por autoridades federales y, sobre todo, que tienen una jerarquía exactamente igual a las leyes locales. Evidentemente aquí tenemos la gran mayoría de leyes federales.

En ese sentido, en caso de que exista alguna contradicción entre una ley federal ordinaria y una ley local, el conflicto debe resolverse atendiendo solamente a criterios de competencia, es decir, estableciendo previamente si la materia regulada corresponde al orden federal o al orden local y así determinar qué norma debe prevalecer, pero sin que pueda decirse que alguna de ellas tiene mayor o menor jerarquía que la otra.

Resulta interesante citar la jurisprudencia que sobre el particular ha sentado la Tercera Sala de nuestro más alto Tribunal:

> LEGISLACIONES FEDERAL Y LOCAL. ENTRE ELLAS NO EXISTE RELACIÓN JERÁRQUICA, SINO COMPETENCIA DETERMINADA POR LA CONSTITUCIÓN. El artículo 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos no establece ninguna relación de jerarquía entre las legislaciones federal y local, sino que en el caso de una aparente contradicción entre las legislaciones mencionadas, ésta se debe resolver atendiendo a qué órgano es competente para expedir esa ley de acuerdo con el sistema de competencia que la norma fundamental establece en su artículo 124. Esta interpretación se refuerza con los artículos 16 y 103 de la propia Constitución: el primero al señalar que la actuación por autoridad competente es una garantía individual, y el segundo, al establecer la procedencia del juicio de amparo si la autoridad local o federal actúa más allá de su competencia constitucional.[1]

Como ejemplo de este tipo de leyes federales pueden citarse el Código Civil Federal, el Código Penal Federal, los respectivos códigos adjetivos en estas materias, la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, la Ley Agraria, la Ley Federal de Derechos de Autor, etcétera.

---

[1] *Semanario Judicial de la Federación*, 8ª época, t. VII, marzo de 1991, p. 56.

B. Leyes federales generales

En este rubro tenemos ciertas leyes federales que actúan de una manera muy particular. Se trata de leyes emanadas del Congreso de la Unión y que, al igual que todas las leyes federales, son dictadas a través del proceso establecido en el artículo 72 constitucional, pero que, por disposición de la propia Constitución General, regulan la concurrencia de las autoridades federales, locales y municipales en determinada materia. A estas leyes también se les suele dar el nombre de *leyes marco*.

En efecto, son leyes mediante las cuales el Congreso de la Unión estipula qué parte de determinada materia le corresponde a la federación, es decir, define *motuo proprio* qué campo de esa materia es federal, pero además, sienta las bases conforme a las cuales las legislaturas locales y los ayuntamientos municipales deben emitir leyes locales o dictar bandos municipales respecto de estas mismas materias. Dicho con otras palabras, en el ámbito federal estas leyes operan como cualquier otra ley federal y, por ende, tienen igual jerarquía; sin embargo, en el ámbito local operan como normas de carácter superior a las cuales deben remitirse las legislaturas y los ayuntamientos para emitir la regulación correspondiente.

La Constitución mexicana reconoce siete rubros específicos en los cuales el Congreso de la Unión tiene facultad para dictar estas leyes generales. Por su importancia, a continuación enunciaremos las disposiciones constitucionales de las que se desprende la facultad del Congreso para dictar este tipo de ordenamientos federales sui géneris:

a. *Salubridad general.* De conformidad con la fracción XVI del artículo 73 y el cuarto párrafo del artículo 4º, ambos de la Constitución General, el Congreso tiene facultad para emitir una ley que "definirá las bases y modalidades para el acceso a los servicios de salud y establecerá la concurrencia de la Federación y las entidades federativas en materia de salubridad general".

b. *Seguridad pública.* En términos de la fracción XXIII del artículo 73 constitucional, el Congreso de la Unión tiene facultad para "expedir leyes que establezcan las bases de coordinación entre la Federación, el Distrito Federal, los Estados y los Municipios, en materia de seguridad pública".

c. *Educación.* De conformidad con lo señalado en la fracción XXV del artículo 73 y en la fracción VIII del artículo 3º, ambos de la Constitución General, el Congreso está facultado para "dictar las leyes encaminadas a distribuir convenientemente entre la Federación, los Estados y los Municipios el ejercicio de la función educativa y las aportaciones económicas correspondientes a ese servicio público, buscando unificar y coordinar la educación en toda la República", así como "señalar las sanciones aplicables a los funcionarios que no cumplan o hagan cumplir las disposiciones relativas, lo mismo que a todos aquellos que las infrinjan".

d. *Asentamientos humanos.* De igual manera, en términos de la fracción XXIX.C del artículo 73 constitucional, el Congreso de la Unión tiene facultades para "expedir las leyes que establezcan la concurrencia del Gobierno Federal, de los Estados y de

los Municipios, en el ámbito de sus respectivas competencias, en materia de asentamientos humanos, con objeto de cumplir los fines previstos en el párrafo 3º del artículo 27 de esta Constitución".

e. *Protección al medio ambiente y equilibrio ecológico.* Asimismo, de conformidad con la fracción XXIX.G del mismo precepto constitucional, el órgano legislativo federal está facultado para "expedir leyes que establezcan la concurrencia del Gobierno Federal, de los gobiernos de los Estados y de los Municipios, en el ámbito de sus respectivas competencias, en materia de protección al ambiente y de preservación y restauración del equilibrio ecológico".

f. *Protección civil.* De acuerdo con la fracción XXIX.I del artículo 73 constitucional, el órgano legislativo federal tiene facultades para "expedir leyes que establezcan las bases sobre las cuales la Federación, los Estados, el Distrito Federal y los Municipios, coordinarán sus acciones en materia de protección civil".

g. *Deporte.* Y por último, en términos de lo dispuesto en la fracción XXIX.J del mismo precepto, este mismo órgano legislativo tiene facultad para "legislar en materia de deporte, estableciendo las bases generales de coordinación de la facultad concurrente entre la Federación, los estados, el Distrito Federal y municipios".

Nótese, sin embargo, que el constituyente no es uniforme al regular las atribuciones del Congreso para dictar estas leyes, pues en algunos casos incluye a los municipios y en otros no y, de igual manera, en algunos supuestos comprende al Distrito Federal y en otros no.

Por otro lado, en algunas hipótesis la Constitución señala que la concurrencia de la federación, los estados, el Distrito Federal y/o los municipios se dará en el ámbito de sus respectivas competencias. Esto no resulta del todo correcto, puesto que, salvo alguna disposición constitucional específica que pueda existir sobre el particular, será el propio Congreso federal el que determine qué parte de dicha materia será federal y qué otras corresponderán a los demás órdenes de gobierno y en qué medida.

Especial interés tiene en este apartado el último párrafo del punto 5º de la fracción XXIX del artículo 73, que enumera los rubros respecto de los cuales el Congreso puede establecer contribuciones especiales, en la parte que señala: "Las entidades federativas participarán en el rendimiento de estas contribuciones especiales, en la proporción que la ley secundaria federal determine".

Esta enunciación podría dar lugar a que se pensara que la ley relativa también es una ley general; sin embargo, estimamos que no es así toda vez que no es una ley en la que el Congreso defina la concurrencia de atribuciones de la federación con los demás órdenes de gobierno. En realidad, se trata sólo de una ley ordinaria de carácter federal que determina la participación económica de los estados en este tipo de contribuciones, y conforme a la cual —y esto es lo más importante— los estados pueden celebrar convenios con la federación en virtud de los cuales, entre otras cosas, pueden aplicar disposiciones legales de carácter federal. Pero a esto volveremos en el apartado siguiente.

C. Leyes federales de aplicación especial

Existen otras leyes federales que también tienen un ámbito de aplicación diferente del de las ordinarias, pero que, sin embargo, no observan las mismas características que las leyes generales.

A éstas las hemos denominado *leyes federales de aplicación especial* porque, aun cuando son emitidas por el órgano legislativo federal a través del procedimiento señalado en el artículo 72 constitucional y tienen, al igual que todas las leyes federales, aplicación en todo el territorio nacional, lo cierto es que no son aplicadas únicamente por las autoridades federales, sino también por las autoridades estatales; pero, a diferencia de lo que ocurre con las leyes las generales, las entidades federativas no están facultadas para expedir una normatividad que reglamente este tipo de leyes, sino que su actuación se limita a aplicarlas tal cual están, es decir, a aplicarlas de la misma forma como lo hacen las autoridades federales.

En efecto, si bien es cierto que, al igual que las generales, las leyes de aplicación especial deben ser ejecutadas tanto por las autoridades federales como por algunas autoridades locales, tratándose de las generales la ley opera como una especie de constitución local, de forma tal que las legislaturas quedan obligadas a expedir una legislación local con base precisamente en la ley general federal. A diferencia de ello, cuando se trata de las leyes federales de aplicación especial las legislaturas no tienen obligación de emitir ningún otro ordenamiento ni reglamentar en forma alguna las disposiciones de carácter federal, sino que, simple y llanamente, deben aplicarlas en la misma forma en que lo hacen las autoridades del orden federal.

Ahora bien, la aplicación de estas leyes por las autoridades locales puede deberse a dos razones: en algunos casos, a que existe una disposición expresa en la Constitución General en ese sentido, y en otros, a que así lo dispusieron o lo asumieron las propias autoridades estatales a través de la suscripción de un convenio con la federación elaborado con base en una ley federal. Analicemos con más detalle cada uno de estos supuestos.

a. *Leyes federales de aplicación local por disposición constitucional.* Aquí detectamos, por lo menos, dos áreas en las que opera este tipo de leyes: la materia laboral y la materia mercantil.

Por lo que hace a la Ley Federal del Trabajo, el artículo 123 de la Constitución dispone, por un lado, que el facultado para emitir esta ley es el Congreso de la Unión y, por el otro, que "la aplicación de *las leyes del trabajo* corresponde a las autoridades de los Estados, en sus respectivas jurisdicciones, pero es de la competencia exclusiva de las autoridades federales en los asuntos relativos a: […]". Señala a continuación las ramas industriales y de servicios, así como las empresas cuyos conflictos laborales se estiman de carácter federal y que, por ende, quedan bajo la jurisdicción de las autoridades federales.

Así pues, como se ve, su aplicación tanto por las autoridades federales como locales se debe a que así lo ordena la propia Constitución.

No obstante, el hecho de que la fracción XXIX del apartado A del artículo 123 constitucional hable de "leyes del trabajo" en plural, nos hace pensar que existen otras leyes federales reguladas en el propio artículo 123, apartado A, que también se encuentran sujetas a este régimen especial. Concretamente nos referimos a la Ley del Instituto del Fondo Nacional para la Vivienda de los Trabajadores y a la Ley del Seguro Social, cuyos fundamentos se encuentran precisamente en las fracciones XII y XXIX de este mismo precepto constitucional.

Sin embargo, la primera de ellas regula única y exclusivamente lo relativo al organismo descentralizado federal de servicio social conocido como Infonavit, lo cual, evidentemente es de estricta aplicación federal, y la segunda, la Ley del Seguro Social, aunque en su artículo 3º señala: "La realización de la seguridad social estará a cargo de entidades o dependencias públicas, federales *o locales* y de organismos descentralizados, conforme lo dispuesto por esta Ley y demás ordenamientos legales sobre la materia", lo cierto es que por regla general sólo es aplicada por autoridades federales, es decir, en el ámbito administrativo por el Instituto Mexicano del Seguro Social (IMSS) y en el ámbito jurisdiccional por las Juntas Federales de Conciliación y Arbitraje. Con todo, esto no elimina la posibilidad de que el Congreso dicte normas en estas materias que tengan como destinatarias tanto a las autoridades federales como a las locales.

Cabe decir que no sucede lo mismo con la ley derivada del apartado B del artículo 123 constitucional, esto es, la Ley Federal de los Trabajadores al Servicio del Estado, en atención a que en este caso, la propia norma fundamental señala que regirá únicamente "entre los Poderes de la Unión, el gobierno del Distrito Federal y sus trabajadores".

Otra cuestión que resulta interesante en relación con las normas laborales federales es lo señalado en el último párrafo del artículo 115 constitucional: "las relaciones de trabajo entre los Municipios y sus trabajadores, se regirán por las leyes que expidan las legislaturas de los Estados con base en lo dispuesto en el artículo 123 de esta Constitución, y sus disposiciones reglamentarias". En igual sentido, la fracción VI del artículo 116 del cuerpo normativo supremo establece: "Las relaciones de trabajo entre los Estados y sus trabajadores se regirán por las leyes que expidan las legislaturas de los Estados con base en lo dispuesto por el artículo 123 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y sus disposiciones reglamentarias".

Como puede apreciarse, de acuerdo con estas disposiciones las Legislaturas locales, si bien están facultadas para expedir leyes en esta materia, deberán hacerlo ciñéndose a lo dispuesto en el artículo 123 constitucional y, sobre todo, a todas las leyes que emanan de este precepto, es decir, tanto las del apartado A como las del B, las que, por este solo hecho, se convierten de alguna manera en disposiciones jurídicas superiores a dichas leyes de orden local, tanto en el ámbito propiamente local como en el municipal.

Ahora bien, como señalábamos en un principio, también las leyes en materia mercantil son leyes federales que aplican tanto autoridades federales como locales en el ámbito jurisdiccional, por disposición constitucional. Aquí tenemos el Código de Comercio y todas las leyes mercantiles especiales, verbigracia, la Ley General de Sociedades Mercantiles, la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito, la Ley de Instituciones de Crédito, la Ley para Regular las Agrupaciones Financieras, la Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares del Crédito, etcétera.

Todas estas disposiciones tienen su fundamento en la fracción X del artículo 73 de la Constitución General de la República, donde se encuentra consagrada la facultad del Congreso de la Unión para legislar en todo el país sobre comercio, intermediación y servicios financieros; sin embargo, el precepto que les otorga esta cualidad especial es la fracción I del artículo 104 constitucional en la parte que señala que, cuando las controversias de carácter civil (dentro de lo cual se incluye a la materia mercantil) "sólo afecten intereses particulares, podrán conocer también de ellas, a elección del actor, los jueces y tribunales del orden común de los Estados y del Distrito Federal".

Cabe destacar, no obstante, que esta aplicación de las normas mercantiles en el orden local únicamente opera en lo relativo al ámbito jurisdiccional, por lo que las únicas autoridades locales facultadas para aplicar estas disposiciones son los jueces y magistrados del orden común.

b. *Leyes federales de aplicación local por convenio.* Aquí tenemos fundamentalmente a las leyes fiscales que son aplicadas por los estados precisamente por haber suscrito un convenio de colaboración administrativa con la federación para el cobro y/o la participación de los ingresos tributarios con base en la Ley de Coordinación Fiscal.

Se trata de leyes federales ordinarias en materia fiscal, pero que por voluntad de las entidades federativas que así lo hayan expresado, a través de un convenio suscrito con apoyo en la fracción VII del artículo 116 constitucional, y, además, por así permitirlo una ley de carácter federal dictada a su vez con base en el último párrafo de la fracción XXIX del artículo 73 constitucional al cual hemos hecho referencia, son aplicadas también por autoridades locales.

Cabe decir, sin embargo, que la aplicación de estas leyes por las autoridades locales se da, más bien, en el ámbito administrativo, es decir, por los órganos pertenecientes a las autoridades hacendarias locales.

Como puede apreciarse de todo lo dicho en esta sección, la legislación federal es sumamente compleja y comprende leyes de muy diversa aplicación, pero que no por ello dejan de ser de carácter federal ni tampoco de tener entre sí la misma jerarquía normativa. Cabe decir, asimismo, que este esquema puede reproducirse, *mutatis mutandis*, en el orden jurídico estatal; no obstante, ello no será materia de nuestro estudio en atención a que dicha ordenación, en su caso, no se desprendería de la Constitución General sino de las constituciones particulares de cada uno de los estados.

2. Los reglamentos federales y las disposiciones administrativas federales de carácter general

Se suele definir el reglamento como el conjunto de normas jurídicas de carácter general, abstracto e impersonal, expedidas por el titular del Poder Ejecutivo, que tienen por objeto facilitar la exacta observancia de las leyes expedidas por el Poder Legislativo.

La atribución de la facultad reglamentaria al Poder Ejecutivo se justifica por la necesidad de aligerar la tarea del Poder Legislativo relevándolo de la necesidad de desarrollar y completar en detalle las leyes para facilitar su mejor ejecución. Teniendo en cuenta que el Ejecutivo está en mejores condiciones de llevar a cabo esta actividad puesto que se encuentra en contacto más íntimo con el medio en el cual va a ser aplicada la ley, la facultad de expedir reglamentos es plenamente comprensible y razonable. Además, existiendo mayores facilidades para la modificación de los reglamentos, el uso de la facultad reglamentaria permite que la legislación se pueda ir adaptando oportunamente a las circunstancias cambiantes en que tiene que ser aplicada, adaptación que no sería posible si dependiera del poder Legislativo, ya que éste tiene procedimientos más complicados y períodos reducidos de funcionamiento.

Si bien la naturaleza de la actividad reglamentaria del Ejecutivo fue un tema que dio lugar a amplias discusiones doctrinales, en nuestros días casi nadie discute que se trata de verdaderos actos materialmente legislativos, aun cuando, a diferencia las leyes, éstos son expedidos por una autoridad de carácter administrativo.

Otro tanto hay que decir de lo que hace a la facultad constitucional para expedirlos. Éste fue un tópico que también dio lugar a muchas discusiones; no obstante, desde la Constitución de 1824, pasando por la de 1836 y la de 1843, la facultad reglamentaria del Ejecutivo siempre fue expresa. En ese sentido, y pese a que en las Constituciones de 1857 y 1917 ello no se haya consignado de manera textual, hoy día nadie discute que el Presidente de la República cuenta con dicha facultad y que su fundamento se encuentra en los artículos 89, fracción I, 92 y 107, fracción VIII, inciso *a*, de la Constitución General.

En esa medida, y salvo por lo que hace a los reglamentos autónomos que algunos doctrinarios ubican en el primer párrafo del artículo 21 (reglamentos gubernativos y de policía) y en el quinto párrafo del artículo 27 (reglamentos de aguas nacionales) —respecto de los cuales se ha sostenido que, en esos casos específicos, el titular del Poder Ejecutivo cuenta con facultades para desarrollar directamente un precepto constitucional—, los reglamentos no serán sino la forma a través de la cual el Presidente detalla los preceptos de una ley expedida por el Congreso de la Unión a efecto de facilitar su correcta aplicación.

Así pues, y dentro del tema que nos ocupa, los reglamentos dictados por el Presidente de la República vendrían a ocupar un escaño inferior, justo por debajo de las leyes expedidas por el órgano legislativo federal.

Cabe, sin embargo, hacer notar que existen ciertos órganos que por disposición constitucional también cuentan con facultades para expedir reglamentos u otro tipo de disposiciones de carácter general.

A este respecto podemos citar, en primer lugar, el reglamento de debates del Congreso de la Unión y los correspondientes reglamentos de las cámaras que lo integran, cuyo fundamento se encuentra consignado en los artículos 71 y 77 de la Constitución, respectivamente. En este caso, a pesar de la denominación que la Norma Suprema les otorga y de que en el segundo supuesto los expide cada cámara por separado, se trata de codificaciones normativas que operan como cualquier ley federal.

Por su parte, los artículos 115 y 122 constitucionales aluden a los reglamentos municipales y a los reglamentos que puede expedir el Jefe de Gobierno del Distrito Federal. Sobre esto no abundaremos aquí, toda vez que lo relativo a este tipo de normas fue tratado en las secciones correspondientes.

Además, el artículo 99 constitucional faculta al Tribunal Electoral del Poder Ejecutivo Federal para expedir su reglamento interno, así como para dictar los acuerdos generales que sean necesarios. En igual sentido, los artículos 94 y 100 de este mismo cuerpo normativo conceden a la Suprema Corte de Justicia de la Nación y al Consejo de la Judicatura Federal, respectivamente, la atribución de dictar acuerdos generales. En estos casos, se trata de verdaderos actos de carácter legislativo, en tanto dichas normatividades ostentan la cualidad de ser generales, abstractas e impersonales, pero cuya expedición se encuentra atribuida a órganos jurisdiccionales, o bien, tratándose del Consejo de la Judicatura Federal, a un órgano administrativo del Poder Judicial Federal.

Lo cierto es que, más allá de que se trate de actos de carácter legislativo cuya expedición corresponde al titular del Poder Ejecutivo Federal o al del Distrito Federal, a los Ayuntamientos Municipales, a ciertos órganos jurisdiccionales o pertenecientes al Poder Judicial Federal, o bien a las cámaras del Congreso de la Unión por separado —esto es, a órganos que de acuerdo con la teoría de la división de poderes no tienen atribuida originariamente la facultad de emitir leyes—, es claro que no se puede discutir su plena validez en atención a que el fundamento de dichos ordenamientos generales lo encontramos precisamente en la propia Constitución y de manera textual.

Sin embargo, existe otro tipo de normas generales cuya constitucionalidad no parece tan clara o, al menos, ha sido objeto de discusión. Nos referimos a los acuerdos, circulares, decretos y demás disposiciones administrativas de carácter general que expiden las autoridades pertenecientes al Poder Ejecutivo pero distintas de su titular, esto es, secretarías de Estado, órganos desconcentrados, organismos descentralizados, etcétera.

En realidad la problemática no está todavía del todo zanjada. Sin embargo, la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en cuatro tesis aisladas de muy reciente expedición, ha señalado lo siguiente:

DIVISIÓN DE PODERES. PARA FIJAR EL ALCANCE DE LA PROHIBICIÓN CONTENIDA EN EL ARTÍCULO 49 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, RELATIVA A QUE EL PODER LEGISLATIVO NO PUEDE DEPOSITARSE EN UN INDIVIDUO, RESULTA INSUFICIENTE SU INTERPRETACIÓN LITERAL. Conforme al texto vigente del citado precepto constitucional "El Supremo Poder de la Federación se divide para su ejercicio en Legislativo, Ejecutivo y Judicial. No podrán reunirse dos o más de estos poderes en una sola persona o corporación, ni depositarse el Legislativo en un individuo, salvo el caso de facultades extraordinarias al Ejecutivo de la Unión, conforme a lo dispuesto en el artículo 29. En ningún otro caso, salvo lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 131, se otorgarán facultades extraordinarias para legislar". De la interpretación literal de este precepto se advierte que en el mismo se prohibió que las facultades del Poder Legislativo sean ejercidas por el titular del Ejecutivo de la Unión, salvo el caso en que éste sea dotado de facultades extraordinarias para legislar, ya sea con motivo de la suspensión de garantías, en términos de lo previsto en el citado artículo 29 o en virtud de la autorización que le dé el Congreso de la Unión para regular el comercio exterior, al tenor de lo dispuesto en el diverso 131, párrafo segundo, de la propia Norma Fundamental, sin que de su lectura sea factible concluir si con el término "Poder Legislativo" se hace referencia a las facultades que constitucionalmente se encomiendan al órgano respectivo o bien a la función consistente en emitir cualquier disposición de observancia general. En ese tenor resulta insuficiente para desentrañar el alcance de la prohibición en comento acudir a la interpretación literal del citado artículo 49, por lo que para ello resulta conveniente precisar cuál es la finalidad del principio de división de poderes, así como acudir a la interpretación sistemática, causal, teleológica e histórica del dispositivo antes transcrito, máxime que el referido principio constituye una institución jurídica que se ha desarrollado desde tiempos remotos y ha adquirido matices diferentes según la época y el lugar.

DIVISIÓN DE PODERES. INTERPRETACIÓN CAUSAL Y TELEOLÓGICA DE LA PROHIBICIÓN CONTENIDA EN EL TEXTO DEL ARTÍCULO 49 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, RELATIVA A QUE EL PODER LEGISLATIVO NO PUEDE DEPOSITARSE EN UN INDIVIDUO. Al tenor del texto original del artículo citado, cuyo párrafo segundo establecía que solamente en el caso de que el Ejecutivo de la Unión actuara en ejercicio de las facultades extraordinarias concedidas en términos de lo previsto en el artículo 29 del propio ordenamiento, el Poder Legislativo se depositaría en un solo individuo, el Congreso de la Unión emitió decretos en los que otorgó al Ejecutivo de la Unión facultades extraordinarias para legislar, entre los que destaca el expedido el ocho de mayo de mil novecientos diecisiete, mediante el cual se concedieron al presidente de la República facultades legislativas en el ramo de hacienda. Ante tal circunstancia, mediante decreto publicado el doce de agosto de mil novecientos treinta y ocho en el Diario Oficial de la Federación, el mencionado artículo 49 fue adicionado con el fin de precisar que en ningún otro caso, salvo el del diverso 29, se otorgarían al Ejecutivo facultades extraordinarias para legislar. En relación con el proceso legislativo que precedió a esta reforma constitucional, se advierte que en los dictámenes presentados por las comisiones respectivas, tanto en la Cámara de Senadores, como en la de Diputados, se enfatizó que tal reforma tenía por objeto que el Congreso de la Unión conservara incólumes las altas funciones que le encomienda la Constitución vigente, es decir, las de expedir actos formalmente legislativos, pero de ninguna manera la de emitir todas las disposiciones de observancia general, de donde se sigue que la modificación en comento tuvo como finalidad evitar que el presidente de la República continuara expidiendo actos de aquella especial jerarquía. Posteriormente, mediante decreto publicado en el citado medio de difusión, el veintiocho de marzo de mil novecientos

cincuenta y uno, se agregó un segundo párrafo al artículo 131 constitucional y, en razón de que con esta adición se dispuso que el Congreso de la Unión podría autorizar al titular del Poder Ejecutivo el ejercicio de su facultad para emitir actos formalmente legislativos en materia de comercio exterior, el Poder Revisor de la Constitución estimó necesario adicionar el referido artículo 49, con el fin de prever una segunda excepción a la referida prohibición. En tal virtud, debe estimarse que al establecerse en este último precepto constitucional que el Poder Legislativo no puede depositarse en un solo individuo, ni el Constituyente ni el Poder Revisor de la Constitución analogaron a tal poder con la función legislativa entendida como la atribución para emitir disposiciones de observancia general, sino a las facultades que constitucionalmente están reservadas a los órganos legislativos. En ese tenor, las causas y los fines que ha tenido el Poder Revisor de la Constitución para realizar diversas adiciones al artículo 49 de la Constitución General de la República, y a otros preceptos de ésta, son reveladores de que en ella no se ha tenido la intención de impedir que las autoridades administrativas emitan disposiciones de observancia general sujetas al principio de supremacía de la ley, ni existe dispositivo constitucional que impida a las autoridades que integran los Poderes Ejecutivo o Judicial el establecimiento de normas jerárquicamente inferiores a las leyes emitidas por el Poder Legislativo.

DIVISIÓN DE PODERES. INTERPRETACIÓN HISTÓRICA, CAUSAL Y TELEOLÓGICA DE LA PROHIBICIÓN CONTENIDA EN EL TEXTO ORIGINAL DEL ARTÍCULO 49 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, RELATIVA A QUE EL PODER LEGISLATIVO NO PUEDE DEPOSITARSE EN UN INDIVIDUO. Desde la expedición del Acta Constitutiva de la Federación, de treinta y uno de enero de mil ochocientos veinticuatro, en su artículo 9º se dispuso que "El Poder Supremo de la Federación se divide, para su ejercicio, en Legislativo, Ejecutivo y Judicial; y jamás podrán reunirse dos o más de éstos en una corporación o persona, ni depositarse el Legislativo en un individuo", texto que prácticamente fue reproducido en el artículo 50 de la Constitución Política de 1857. Ahora bien, encontrándose vigente este último dispositivo, el presidente de la República, en uso de las facultades extraordinarias conferidas por el Congreso de la Unión, especialmente a fines del siglo XIX e inicios del XX, expidió diversos actos formalmente legislativos, destacando, entre otros, el Código de Comercio de quince de septiembre de mil ochocientos ochenta y nueve, respecto del cual se sustentó su constitucionalidad, por la jurisprudencia de esta Suprema Corte de Justicia de la Nación, en razón de que su expedición no implicaba la reunión de dos poderes en uno, ni que pasaran todas las facultades del Poder Legislativo al Ejecutivo, pues se trataba de un acto de colaboración entre ambos órganos. Posteriormente, en relación con el texto establecido originalmente en la Constitución Política de cinco de febrero de mil novecientos diecisiete, destaca que en la exposición de motivos del proyecto respectivo se reprochó que se hubiera otorgado sin el menor obstáculo al jefe del Poder Ejecutivo, la facultad de legislar sobre toda clase de asuntos, habiéndose reducido la función del Poder Legislativo, a delegar facultades, por lo que en el texto original del artículo 49 de la vigente Norma Fundamental, con el fin de terminar con esa situación, se agregó como única excepción a la prohibición consistente en que el Poder Legislativo no puede depositarse en un solo individuo, el caso en que el Ejecutivo de la Unión actuara en ejercicio de las facultades extraordinarias previstas en el artículo 29 de la Constitución Federal, de donde se advierte que con tal dispositivo se buscó evitar que el presidente de la República fuera facultado por el Congreso de la Unión para emitir actos formalmente legislativos, es decir, de la misma jerarquía de las leyes que corresponde emitir a aquél, mas no que la facultad de emitir disposiciones de observancia general se reservara al mencionado órgano legislativo.

DIVISIÓN DE PODERES. INTERPRETACIÓN SISTEMÁTICA DE LA PROHIBICIÓN CONTENIDA EN EL TEXTO ORIGINAL DEL ARTÍCULO 49 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, RELATIVA A QUE EL PODER LEGISLATIVO NO PUEDE DEPOSITARSE EN UN INDIVIDUO. De la interpretación sistemática del texto original de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de cinco de febrero de mil novecientos diecisiete, se advierte que el principio de división de poderes previsto en su artículo 49, párrafo primero, no se estableció atendiendo a un criterio material, precisando en forma abstracta que el Supremo Poder se divide, para su ejercicio, en tres funciones, la legislativa, la ejecutiva y la judicial, sino que a la vez que se consagró ese principio, al fijar las atribuciones de los tres poderes, se les confirieron, indistintamente, atribuciones que materialmente corresponden a un diverso poder, reservándose a los Poderes Legislativo y Judicial la potestad para emitir, respectivamente, los actos materialmente legislativos y judiciales de mayor jerarquía en el orden jurídico nacional, circunstancia que se explica por el hecho de que históricamente se había buscado fortalecer a estos dos poderes con el fin de establecer un equilibrio entre ellos y el presidente de la República, jefe de Estado y de gobierno en nuestro sistema constitucional. En esos términos, el Constituyente otorgó al Poder Legislativo la potestad para emitir los actos materialmente legislativos de mayor jerarquía, por un lado, respecto de la legislación interna emitida por éste, se reconoció su especial jerarquía al incorporarse en el inciso f) del artículo 72 de la Ley Fundamental, el principio de autoridad formal de las leyes y, por otro, en relación con los tratados internacionales celebrados por el titular del Ejecutivo Federal, su validez en el orden jurídico nacional se condicionó a su ratificación por parte del Senado de la República. Además, tratándose del Poder Judicial, en los artículos 105 y 107 se confirió al órgano de mayor jerarquía dentro del mismo, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, la atribución para emitir las resoluciones judiciales de mayor rango en el orden jurídico nacional. Por otra parte, en la propia Constitución se establecieron excepciones al principio general consistente en que a cada uno de esos dos poderes les correspondería emitir los actos propios de su función, de mayor jerarquía; así, en el caso de la facultad para emitir actos formalmente legislativos, como única excepción se determinó que el presidente de la República podría expedirlos en los casos previstos por el artículo 29 constitucional, en tanto que tratándose de la función judicial, en el diverso 111 se dispuso que tanto a la Cámara de Diputados como al Senado, correspondería emitir resoluciones materialmente jurisdiccionales inatacables, tratándose de declaraciones en las que se determinara privar de su puesto o inhabilitar a un alto funcionario de la Federación por la comisión de un delito oficial. En complemento a ese sistema, en virtud de que no fue intención del Constituyente reservar a cada uno de los tres poderes la emisión de actos propios de sus respectivas funciones, en aras de permitir el funcionamiento de los propios órganos y a la vez lograr un equilibrio de fuerzas y un control recíproco que garantizara la unidad política del Estado en beneficio del pueblo mexicano, se estableció un mecanismo de colaboración basado en dos medios: por un lado, se exigió la participación de dos de los poderes para la validez de un acto y, por otro, se otorgó a los poderes facultades para emitir actos que materialmente no les corresponden, pero que no por ello tendrían el mismo rango que los actos formalmente legislativos o judiciales; por lo que ve al primero de esos medios destaca que, conforme a lo previsto en el artículo 73, fracción XXX, de la Norma Fundamental, la Cámara de Diputados debía examinar la cuenta que anualmente le presentara el Ejecutivo, en cuanto al segundo, en los diversos 89, fracción I, y 73, fracción XVI, base 1ª, al presidente de la República se le dotaba en la propia Constitución de la facultad para emitir reglamentos y al Consejo General de Salubridad, subordinado al titular del Ejecutivo, para emitir disposiciones generales en materia de salubridad, atribuciones materialmente legislativas que no constituyen una excepción a la prohibición contenida en el párrafo segundo del

artículo 49 en cita, dado que en ambos casos se trata del otorgamiento en la propia sede constitucional de la facultad para expedir disposiciones generales sujetas al principio de supremacía de la ley; en tanto que, tratándose de la facultad materialmente jurisdiccional, en el artículo 123, fracción XX, se dotó de facultades de esta naturaleza a las Juntas de Conciliación y Arbitraje, cuyas determinaciones podrían sujetarse por los gobernados al tamiz del Poder Judicial de la Federación. En tal virtud, debe estimarse que el Constituyente de 1917 al establecer el principio de división de poderes buscó dividir el ejercicio del poder entre diversos órganos o entes que constitucionalmente se encuentran a un mismo nivel, con el fin de lograr los contrapesos necesarios que permitan un equilibrio de fuerzas y un control recíproco y, además, atribuir a los respectivos poderes, especialmente al Legislativo y al Judicial, la potestad necesaria para emitir los actos que materialmente les corresponden, de mayor jerarquía, por lo que si al realizarse la división de poderes el Constituyente en ninguna disposición reservó al Poder Legislativo la emisión de la totalidad de los actos materialmente legislativos, al Ejecutivo los actos materialmente administrativos, o al Judicial los materialmente jurisdiccionales, no existe sustento alguno para sostener que se transgrede el principio en comento por el hecho de que en un acto formalmente legislativo se confiera a una autoridad administrativa o judicial, la facultad de emitir disposiciones de observancia general, pues ello no implica, ni transitoriamente, que las facultades reservadas constitucionalmente al Poder Legislativo se depositen en un individuo o que se reúnan dos o más de los poderes en una sola persona o corporación.

VIII. El orden jurídico nacional y la supremacía constitucional

Por encima de todos los órdenes jurídicos o de gobierno a que nos hemos referido a lo largo de este ensayo está la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Ella es, como decíamos desde un inicio, la norma de normas, lo que da validez y coherencia a todo el orden jurídico mexicano, la norma que organiza a cada uno de los componentes de ese orden y los jerarquiza a fin de que puedan aplicarse e interpretarse de una manera armónica, pero, fundamentalmente, la norma que determina el contenido primigenio y la forma de creación de las demás normas jurídicas, tanto generales como individualizadas, así como las autoridades encargadas de su creación y aplicación.

Ahora bien, mucho se ha dicho en torno a si determinadas normas contenidas en la Constitución son superiores a otras también comprendidas en este ordenamiento.

Si seguimos los postulados que hasta aquí hemos vertido, es claro que, por ningún motivo, podrá considerarse que un precepto constitucional es superior a otro, pese a que alguno de ellos pueda considerarse más importante para la nación o de mayor envergadura social o jurídica.

Efectivamente, si, como hemos sostenido a lo largo de todo el presente estudio, la jerarquía normativa proviene única y exclusivamente del hecho de que la norma superior lo será en tanto y en cuanto determine el contenido o la forma de creación de la inferior, es claro que ningún artículo de la Constitución puede estar por encima de otro, supuesto que todos ellos provienen del mismo órgano, fueron dictados siguiendo el mismo proceso y, sobre todo, ninguno determina el contenido o la forma de creación de los otros.

En esa medida, no resulta aceptable que se pretenda decir que un artículo o determinada parte de la Constitución es "inconstitucional" por contravenir a otra parte de la misma, o bien, que se sostenga que no se puede reformar determinada parte de ella porque tiene una jerarquía mayor o superior a lo demás.

De igual manera, hay que reiterar que, en nuestro país, la Constitución tiene el más alto rango dentro de la jerarquía normativa y que ninguna otra norma, ya sea interna o proveniente del derecho internacional, puede contradecirla.

Esto último, que a primera vista parece tan elemental, no lo es si tomamos en consideración que existe una corriente doctrinaria que sitúa el derecho internacional por encima del nacional y, por ende, sobre la Constitución General. Tan es así que en otros países, por disposición expresa de su propia norma fundamental, el derecho internacional —sobre todo en los temas relativos a derechos humanos— se encuentra situado por encima de su propia Constitución.

No obstante, en nuestro derecho, por lo menos hasta el día de hoy, los tratados internacionales y cualquier otra norma jurídica, del orden que sea, son inferiores a la Constitución General.

Ahora, si bien la Constitución mexicana es la norma fundamental del país y, simultáneamente, aquella que sienta las bases conforme a las cuales se divide y organiza la competencia entre las autoridades federales, locales, municipales y del Distrito Federal, ello no obsta para que, a su vez, este mismo complejo normativo contemple otro orden más: el orden constitucional, conformado por todas aquellas facultades superiores que no están conferidas a ninguno de los órdenes parciales.

En efecto, la Constitución mexicana consagra, además de todos los órdenes normativos parciales ya estudiados, uno más que se integra por aquellas funciones que no pueden atribuirse a ninguno de los demás órdenes, que obligan por igual a todos ellos y que, además, están conferidas a órganos que actúan en representación de todo el Estado mexicano.

Se trata de funciones especiales que pueden entrañar la creación o modificación de las competencias de las autoridades de los diversos órdenes parciales, o bien la reforma de los ámbitos de validez de sus normas, así como la revisión de la regularidad de los actos emanados de sus autoridades.

Dentro de dicho orden constitucional detectamos los siguientes casos:

1. las funciones del constituyente permanente;
2. la modificación de la Constitución en su aspecto geográfico;
3. la suspensión de las garantías individuales;
4. la celebración de tratados internacionales, y
5. el control de la constitucionalidad.

A continuación analizaremos por separado cada una de estas funciones.

1. Las funciones del constituyente permanente

De acuerdo con el artículo 135 constitucional, para que nuestra Carta Fundamental sea adicionada o reformada se requiere que el Congreso de la Unión, por el voto de las dos terceras partes de los individuos presentes, acuerde las reformas o adiciones, y que éstas sean aprobadas por la mayoría de las legislaturas de los estados.

El artículo 135 establece un órgano integrado por la asociación del Congreso de la Unión con las legislaturas de los estados, capaz de alterar la Constitución mediante adiciones y reformas. Su función es, pues, función constituyente, pero como por otra parte se trata de un órgano que sobrevive al autor de la Constitución, cuya vida se extinguió con su tarea, en la doctrina constitucionalista se acostumbra denominarlo *poder constituyente permanente*, aun cuando también suele dársele el nombre de *constituyente derivado* o *instituido*, para diferenciarlo del *constituyente originario*.

La presencia del *constituyente permanente* a la par de los poderes constituidos requiere ser explicada. Ciertamente no hay, en el caso que estudiamos, confusión de poderes en un solo órgano. El Congreso Federal es poder constituido; las legislaturas de los estados también lo son, pero eso acontece cuando actúan por separado y en ejercicio de sus funciones normales, pues una vez que se asocian en los términos del artículo 135, componen un nuevo órgano cuya función es adicionar o modificar la Constitución.

En esa virtud, es claro que el órgano que actúa para esos efectos no es ni un órgano federal ni mucho menos local, aun cuando se conforme por autoridades provenientes de esos órdenes normativos.

Efectivamente, si bien el Constituyente Permanente se integra tanto por el órgano legislativo federal (con una votación especial) como por todos los órganos legislativos de las entidades federativas (los cuales, empero, no cuentan con facultades deliberativas para estos efectos), es claro que el órgano encargado de reformar la Constitución no es un órgano local ni federal, pues sus facultades no pueden atribuírsele a ninguno de estos órdenes normativos y, por el contrario, obligan de igual manera tanto a ellos como a los demás órdenes parciales.

Así pues, resulta por demás evidente que aquí tenemos un ejemplo clarísimo de un órgano que ejerce facultades de orden constitucional y cuyas atribuciones, como corresponde a este tipo de órganos, se extienden por encima de todos los demás órdenes normativos y los vinculan por igual.

2. La modificación de la Constitución en su aspecto geográfico

En términos del artículo 73 constitucional, el Congreso de la Unión tiene facultades para: admitir nuevos estados a la Unión Federal (fracción I); formar nuevos estados dentro de los límites de los existentes (fracción III); arreglar definitivamente los límites de los estados terminando las diferencias que entre ellos se susciten sobre las demarcaciones de sus respectivos territorios, excepto cuando estas diferencias ten-

gan un carácter contencioso (fracción IV), e igualmente, para cambiar la residencia de los Supremos Poderes de la Federación (fracción V).

Estas atribuciones, que junto con otras disposiciones integran el llamado Capítulo Geográfico de la Constitución, tienen la gran trascendencia de constituir las reglas o mecanismos a través de los cuales se puede modificar el ámbito espacial de validez de todos los órdenes jurídicos a que aquí nos hemos referido.

Ahora bien, todas estas facultades, aun cuando son llevadas a cabo por un órgano de carácter federal como lo es el Congreso de la Unión, no pueden considerarse propiamente federales, pues la modificación geográfica del territorio nacional puede conllevar reformas a la Constitución General, así como la derogación de leyes tanto locales como federales o, por lo menos, la modificación de sus ámbitos espacial y personal de validez.

Efectivamente, la modificación del territorio nacional, ya sea que se extiendan o reduzcan sus límites, o simplemente que se cambie su división política o la sede de los Poderes de la Unión, lleva consigo que el órgano encargado de ello —esto es, el Congreso federal— actúe como el propio constituyente permanente en los casos en que tal modificación implique reformas a la Constitución, pero, además, puede dar lugar a que el Congreso se constituya en un órgano legislador tanto en el ámbito local como en el federal. En efecto, tales modificaciones de orden geográfico pueden conllevar la reforma de las disposiciones jurídicas locales y federales en las que se contienen las delimitaciones territoriales de cada entidad y, en general, la de todas las demás normas que ordinariamente se apliquen en los territorios afectados, pues lo cierto es que, una vez que se modifica un territorio, necesariamente cambian también los ámbitos de validez de sus leyes.

Vemos así cómo la actividad del Congreso de la Unión en esta materia se convierte en una función sumamente trascendente que, desde luego, no puede ser atribuida al orden federal ni, mucho menos, al local, sino a lo que aquí hemos denominado *orden constitucional*.

3. La suspensión de las garantías individuales

De conformidad con el artículo 29 de la Constitución General de la República, en los casos de invasión, perturbación grave de la paz pública o de cualquier otro factor que ponga a la sociedad en grave peligro o conflicto, el Presidente, de acuerdo con los titulares de las Secretarías de Estado y la Procuraduría General de la República y con aprobación del Congreso de la Unión, podrá suspender en todo el país o en lugar determinado las garantías que fuesen obstáculo para hacer frente rápida y fácilmente a la situación. De igual manera, ante estos acontecimientos el Congreso de la Unión podrá hacer las autorizaciones que se estimen necesarias para que el Ejecutivo haga frente a la situación.

En un régimen de normalidad, la organización y el poder autoritarios deben observar, como ya dijimos, la Constitución, y en segundo lugar, la jerarquía normativa integrada por todas las demás normas, tanto locales como federales.

Sin embargo, desgraciadamente los Estados están propensos a salirse del cauce normal de su vida. Cruentos acontecimientos políticos o sociales, internos o internacionales, suelen turbar la existencia tranquila y habitual de las naciones, creando un ambiente de peligrosidad para sus instituciones fundamentales e independencia. Es entonces cuando el gobierno se ve en la necesidad de hacer frente a la situación anómala, a fin de preservar el Estado de Derecho a través de los medios que la propia Norma Fundamental prevé y que, en el caso concreto, son precisamente la suspensión de las garantías individuales y el otorgamiento de facultades extraordinarias al Presidente de la República.

El otorgamiento y la ejecución de estas facultades, al igual que las referidas en el apartado anterior, están atribuidos por la Constitución a ciertos órganos federales, a saber: al Presidente de la República, a los miembros de su gabinete y al Congreso de la Unión. Sin embargo, al igual que aquéllas, tampoco pueden considerarse meramente federales. Y no pueden estimarse así porque la actuación de estos órganos ante las circunstancias descritas conlleva la creación de un régimen jurídico especial que modifica, así sea sólo de manera temporal, el orden jurídico existente, tanto local como federal e incluso constitucional, y que, además, obliga de igual manera a todos los órdenes jurídicos parciales del país.

En efecto, el artículo 29 constitucional habilita y legitima al Ejecutivo federal —que por razón de sus funciones normales es el más indicado para enfrentar una situación anómala de peligro público— para que pueda desempeñar las actividades que sean necesarias a fin de resolver rápida y fácilmente esta situación. Esta disposición constituye el fundamento para que se pueda atribuir a una sola persona el ejercicio de todos los actos autoritarios (ejecutivos, legislativos y judiciales) e, incluso, la pauta para que se den posibles extralimitaciones del poder estatal dentro de la misma situación de anormalidad, obviamente, todo ello justificado precisamente por la situación grave que se atraviesa.

Pero, como decíamos, estas facultades exorbitantes que, ante ciertos acontecimientos, se le conceden al Ejecutivo federal, necesariamente implican que se deje de observar parcialmente la Constitución, tanto en su parte dogmática como en la orgánica, así como que se creen leyes (o por lo menos el propio decreto de suspensión de garantías y otorgamiento de facultades extraordinarias) que van a regir y, por tanto, obligar a todas las autoridades de la nación ubicadas o con jurisdicción sobre la zona de conflicto, independientemente del orden normativo al que pertenezcan.

En esa medida, es claro que no podemos considerar la actuación de los órganos involucrados en el mecanismo previsto en el artículo 29 constitucional como una mera actividad federal, sino que, necesariamente, debe atribuírsele la calidad de facultad de orden constitucional.

4. La celebración de tratados internacionales

La facultad de celebrar tratados internacionales, atribuida por la Constitución al titular del Ejecutivo federal en colaboración con el Senado de la República, es también una actividad de orden constitucional y no meramente federal.

En efecto, de acuerdo con lo señalado en los artículos 89, fracción X y 76, fracción I, constitucionales, el Presidente está facultado para dirigir la política exterior y celebrar tratados internacionales sometiéndolos a la aprobación del Senado y, asimismo, la Cámara de Senadores tiene facultades para analizar la política exterior desarrollada por el Ejecutivo federal, además de aprobar los tratados internacionales y las convenciones diplomáticas celebradas por aquél.

De acuerdo con ello, la celebración de un tratado se integra en el derecho público mexicano por la concurrencia de dos voluntades: la del Presidente de la República y la del Senado. Surge así en el derecho interno un acto que, aunque complejo por la convergencia de dos órganos federales, es unilateral en la esfera del derecho internacional, puesto que, para la producción del acto bilateral —esto es, el tratado— se necesita de la concurrencia de la voluntad del otro o de los otros Estados contratantes.

Cabe decir que la Constitución mexicana no concede intervención al Senado en la abrogación y en la denuncia de los tratados, por lo que la facultad para ello pertenece en exclusiva al Presidente, como atribución incluida en la general de dirigir las negociaciones diplomáticas, aunque sujeta, eso sí, al control senatorial ulterior.

Ahora bien, desde hace casi veinte años, los tribunales federales habían sostenido reiteradamente que los tratados internacionales y las leyes federales tenían la misma jerarquía; esto es, que el artículo 133 constitucional no autorizaba la observancia preferente de las normas internacionales frente a las leyes emanadas del Congreso de la Unión, sino que se trataba de normas de igual jerarquía y que, como consecuencia de ello, frente a la disyuntiva entre aplicar una norma de derecho interno federal o un tratado internacional, se debía acudir a los principios conforme a los cuales la ley posterior se aplica con preferencia a la anterior o la ley especial prima sobre la general.

A raíz de un caso que recientemente fue resuelto por el Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, este criterio se modificó radicalmente. El caso referido se originó con motivo del juicio de amparo que promovió una organización de trabajadores con objeto de que se le reconociera su calidad de sindicato. A pesar de lo sencilla que a primera vista podría parecer esta cuestión, la resolución motivó que la Corte se pronunciara sobre ciertos temas de gran envergadura, vinculados a las relaciones que se suscitan entre el derecho internacional y el derecho interno mexicano, de los cuales el de mayor importancia es el relativo a la jerarquía de los tratados internacionales en el orden jurídico de nuestro país.

El referido fallo cambió por completo la anterior concepción hasta el grado de interpretar el referido artículo 133 en el sentido de que los tratados internacionales

ocupan un segundo grado en la escala normativa, justo debajo de la Constitución y por encima de las leyes federales y locales.

De acuerdo con la ejecutoria, esta nueva interpretación del artículo 133 constitucional deriva del hecho de que los tratados internacionales son asumidos por el Estado mexicano en su conjunto y comprometen a todas sus autoridades frente a la comunidad internacional; por ello, dice la sentencia, se explica que el constituyente haya facultado al Presidente de la República a suscribir instrumentos internacionales en su calidad de Jefe de Estado y, de la misma manera, que el Senado intervenga como representante de la voluntad de las entidades federativas.

Otra consideración importante para estimar esta jerarquía de los tratados de acuerdo con dicha sentencia es la relativa a que, en lo referente a la celebración de éstos, no existe limitación competencial entre la federación y las entidades federativas, esto es, no se toma en cuenta la competencia federal o local del contenido del tratado, sino que, por mandato expreso del propio artículo 133, el Presidente de la República y el Senado pueden obligar a toda la nación y, por ende, a todas las entidades federativas que la componen, en cualquier materia.[2]

El criterio anterior se encuentra contenido en la tesis aislada que por su gran importancia, a continuación nos permitimos transcribir:

> TRATADOS INTERNACIONALES. SE UBICAN JERÁRQUICAMENTE POR ENCIMA DE LAS LEYES FEDERALES Y EN UN SEGUNDO PLANO RESPECTO DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL. Persistentemente en la doctrina se ha formulado la interrogante respecto a la jerarquía de normas en nuestro derecho. Existe unanimidad respecto de que la Constitución Federal es la norma fundamental y que aunque en principio la expresión "… serán la Ley Suprema de toda la Unión…" parece indicar que no sólo la Carta Magna es la suprema, la objeción es superada por el hecho de que las leyes deben emanar de la Constitución y ser aprobadas por un órgano constituido, como lo es el Congreso de la Unión y de que los tratados deben estar de acuerdo con la Ley Fundamental, lo que claramente indica que sólo la Constitución es la Ley Suprema. El problema respecto a la jerarquía de las demás normas del sistema ha encontrado en la jurisprudencia y en la doctrina distintas soluciones, entre las que destacan: supremacía del derecho federal frente al local y misma jerarquía de los dos, en sus variantes lisa y llana, y con la existencia de "leyes constitucionales", y la de que será ley suprema la que sea calificada de constitucional. No obstante, esta Suprema Corte de Justicia considera que los tratados internacionales se encuentran en un segundo plano inmediatamente debajo de la Ley Fundamental y por encima del derecho federal y el local. Esta interpretación del artículo 133 constitucional deriva de que estos compromisos internacionales son asumidos por el Estado mexicano en su conjunto y comprometen a todas sus autoridades frente a la comunidad internacional; por ello se explica que el Constituyente haya facultado al presidente de la República a suscribir los tratados internacionales en su calidad de jefe de Estado y, de la misma manera, el Senado interviene como representante de la voluntad de las entidades federativas y, por medio de su ratificación, obliga a sus autoridades. Otro aspecto importante para considerar esta jerarquía de los tratados, es la relativa a que en esta materia no existe limitación competencial entre la Federación y las entidades federativas, esto es, no se toma en

[2] *Semanario Judicial de la Federación* y su *Gaceta*, 9ª época, t. X, noviembre de 1999, p. 46.

> cuenta la competencia federal o local del contenido del tratado, sino que por mandato expreso del propio artículo 133 el presidente de la República y el Senado pueden obligar al Estado mexicano en cualquier materia, independientemente de que para otros efectos ésta sea competencia de las entidades federativas. Como consecuencia de lo anterior, la interpretación del artículo 133 lleva a considerar en un tercer lugar al derecho federal y al local en una misma jerarquía en virtud de lo dispuesto en el artículo 124 de la Ley Fundamental, el cual ordena que "Las facultades que no están expresamente concedidas por esta Constitución a los funcionarios federales, se entienden reservadas a los Estados". No se pierde de vista que en su anterior conformación, este Máximo Tribunal había adoptado una posición diversa en la tesis P. C/92, publicada en la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Número 60, correspondiente a diciembre de 1992, página 27, de rubro: "LEYES FEDERALES Y TRATADOS INTERNACIONALES. TIENEN LA MISMA JERARQUÍA NORMATIVA"; sin embargo, este Tribunal Pleno considera oportuno abandonar tal criterio y asumir el que considera la jerarquía superior de los tratados incluso frente al derecho federal".

Empero, es menester hacer notar que la tesis anterior dio lugar a múltiples opiniones tanto en pro como en contra dentro del foro y la academia, y no tanto por el criterio en sí, sino en razón de los argumentos utilizados en la ejecutoria para darle sustento. Ello ha dado lugar a que el Alto Tribunal, de momento, haya postergado su reiteración en la resolución de otros asuntos, motivo por el cual continúa siendo sólo una tesis aislada que, por ende, no obliga a su cumplimiento.

Sin perjuicio ello e independientemente de la jerarquía que finalmente se les otorgue a los tratados internacionales en el orden jurídico nacional, es claro que las facultades conferidas al Presidente de la República y al Senado en materia de política exterior, indudablemente constituyen una actividad de carácter constitucional, pues es innegable que su ejercicio de ninguna manera se ve limitado por la división competencial entre lo local y lo federal, a más de que, en esta materia, dichos órganos actúan como representantes de toda la nación.

5. El control de la constitucionalidad

Desde luego, esta función, conferida a ciertos órganos del Poder Judicial federal, también debe ser adscrita al orden constitucional.

Ello porque, por disposición de la propia Constitución General, son materia del control constitucional prácticamente todas las normas y actos autoritarios provenientes de la federación, de los estados y municipios, así como de cualquier otro orden jurídico parcial. Esto es, el control de la constitucionalidad —cuyo resultado puede ser la anulación total o parcial de casi cualquier norma jurídica general o individual— es una función derivada directamente de las normas constitucionales y su materia son la gran mayoría de las normas federales, locales y municipales.

En esa medida, si la casi totalidad de las normas y actos públicos están sometidas a ese control, y eso significa que pueden ser anulados por la determinación de alguno de los órganos del Poder Judicial federal, es claro que dicho control sólo puede ser adscrito a un orden superior, concretamente, al orden constitucional.

Y es que, si consideráramos que la función jurídica a que nos referimos es una atribución federal, estaríamos otorgándole a un poder federal un carácter de supremacía frente a todos los órganos locales e, incluso, frente a los otros poderes federales, lo cual rompe de tajo con la teoría de la división de poderes y con nuestra estructura constitucional. En cambio, no hay fractura alguna si esa función de anulación de las normas y actos inconstitucionales se atribuye a un orden que se encuentra en una situación de superioridad con respecto al orden federal y a los órdenes locales.

Precisamente por ello, cuando se hace un análisis de las funciones del Poder Judicial de la Federación, se debe tener especial cuidado en distinguir con toda pulcritud cuáles de esas funciones pertenecen al orden constitucional y cuáles al orden subordinado de la federación, pues en dicho poder existe una unión orgánica de atribuciones que corresponden a los dos órdenes mencionados; es decir, el Poder Judicial de la federación es tanto un órgano de carácter federal, como un órgano perteneciente al orden constitucional.

Básicamente podemos decir que este poder actúa en su carácter de órgano constitucional en tres casos: cuando es tribunal de amparo, cuando resuelve una acción de inconstitucionalidad o cuando dirime una controversia constitucional.

Aunado a lo anterior, es pertinente señalar que el control de la constitucionalidad es una institución esencial en la estructuración de los órdenes jurídicos modernos, sobre todo si se toma en cuenta lo que podría suceder si no se contara con una garantía objetiva de anulación de la norma, general o individual, que transgrede el orden constitucional.

En efecto, la institución del control de la constitucionalidad es una pieza indispensable y necesaria en el engranaje normativo de un estado de carácter federal. Como hemos visto, la esencia de una Constitución en una nación organizada bajo un sistema federal consiste en dividir las competencias entre los diversos órdenes normativos; en esa medida, todo acto que salga de los límites competenciales establecidos por la Constitución, constituye una violación de alguna norma constitucional que, por ende, debe ser anulado por un órgano de orden superior.

Esto es, carecería de sentido esa división de competencias si los órganos federales, locales o municipales pudieran realizar actos que competen a otros órganos y dichos actos no pudieran ser anulados por un tribunal independiente que estableciera con objetividad y validez jurídica el o los límites de los ámbitos competenciales federal y local. Es ahí precisamente donde entra la función controladora del Poder Judicial de la federación, por virtud de la cual éste órgano se constituye en el principal garante de la constitucionalidad de todos los actos autoritarios de la nación.

En esa virtud, es claro que una función de la importancia y la trascendencia jurídica que reviste la que aquí hemos reseñado, no puede sino atribuírsele al orden jurídico nacional.

IX. Conclusiones

Todo lo dicho aquí nos permite advertir, por un lado, que la estructura normativa del orden jurídico de México es verdaderamente compleja, pero, por el otro, que es indispensable determinar el lugar preciso que ocupa cada una de las normas emanadas de las autoridades de la nación, ya sean del orden constitucional, federal, local o bien del orden municipal, y ya sean generales o individualizadas, a fin de aplicarlas e interpretarlas correctamente y, sobre todo, a fin de establecer cuándo una norma resulta inconstitucional por no ceñirse a la jerarquía normativa que dispone el propio texto de la Constitución General.

En efecto, la teoría de la jerarquía normativa, cuya premisa esencial se funda en el hecho de que una norma es superior a otra si y sólo si la primera determina el contenido o la forma de creación de la otra, no permite crear categorías que no tengan una razón técnica o un fundamento expreso en la propia norma fundamental.

Esto es de tal importancia, que el hecho de decir que una norma es, por la razón que sea, superior a otra, obliga al órgano de control constitucional a declarar la invalidez de la inferior con respecto a aquélla por el simple hecho de que no haya sido creada conforme a ella o no reproduzca su contenido. Dicho con otras palabras: siempre que se diga que una norma es superior a otra ello equivaldrá a decir que, en caso de contradicción entre una y otra, necesariamente la inferior será inconstitucional.

En esa medida, la jerarquización de una norma dentro de un determinado orden jurídico debe verse como algo sumamente delicado, que solamente puede obedecer a reglas técnicas y, sobre todo, a los mandatos expresos que sobre el particular establezca la Norma Fundamental, sin que en ningún caso pueda deducirse esta jerarquía de cuestiones de carácter sociológico o llevarse a cabo por motivos de conveniencia, es decir, sin que se pueda decir que determinada norma es inferior o superior a otra por el simple hecho de que tiene una mayor o una menor importancia para la sociedad o para la nación, supuesto que la jerarquización normativa sólo puede provenir de su encuadre en la estructura jurídica señalada en la Constitución y nunca de su contenido.

Bibliografía consultada

ARTEAGA NAVA, Elisur, *Tratado de Derecho Constitucional*, Biblioteca de Derecho Constitucional, Oxford University Press, México, 1999.

BALAGUER CALLEJÓN, Francisco, *Fuentes del Derecho*, Tecnos, México, 1998.

BENDA, MAIHOFER, VOGEL, HESSE y HEYDE, *Manual de Derecho Constitucional*, Instituto Vasco de Administración Pública Marcial Pons, Madrid, 1996.

CARPIZO, Jorge, *Estudios Constitucionales*, 6ª ed., Porrúa-UNAM, México, 1998.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, comentada y concordada, 15ª ed., Porrúa-UNAM, México, 2000.

DE LA CUEVA, Mario, *Teoría de la Constitución*, Porrúa, México, 1982.

Diccionario jurídico mexicano, 8ª ed., Porrúa-UNAM, México, 1995.

Derechos del pueblo mexicano. México a través de sus Constituciones, Porrúa-Cámara de Diputados LVII Legislatura, México, 2000.

FIX-ZAMUDIO, Héctor, "Hacia una nueva constitucionalidad. Necesidad de perfeccionar la reforma constitucional en el Derecho mexicano. Las leyes orgánicas", en VV.AA, *Hacia una nueva constitucionalidad*, UNAM, México, 2000.

FRAGA, Gabino, *Derecho Administrativo*, 29ª ed., Porrúa, México, 1990.

GARCÍA MAYNES, Eduardo, *Introducción al Estudio del Derecho*, Porrúa, 31ª ed., México, 1980.

KELSEN, Hans, *Teoría general del Derecho y del Estado* (trad. Eduardo García Maynes), UNAM, México, 1988.

LOEWENSTEIN, Karl, *Teoría de la Constitución* (trad. Alfredo Gallego Anabitarte), Ariel, Barcelona, 1965.

PEREZNIETO CASTRO, Leonel, "El artículo 133 constitucional: una relectura", *Anuario Jurídico del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, nº 25, t. II, México, 1995.

SCHMILL, Ulises, "Fundamentos teóricos de la defensa de la Constitución en un Estado federal", en José Ramón Cossío y Luis M. Pérez de Acha (comps.), *La defensa de la Constitución*, Fontamara, México, 1997.

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, Sentencia pronunciada en el Amparo en Revisión 1475/98 el 11 de mayo de 1999.

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, México.

TENA RAMÍREZ, Felipe, *Derecho Constitucional mexicano*, Porrúa, 23ª ed., México 1989.

V. Derecho de Integración

- *Milton H. Cairoli Martínez (Uruguay)*
  Derecho Constitucional y procesos de integración
  (con especial referencia al Mercosur)

- *Lautaro Ríos Álvarez (Chile)*
  Globalización, integración y Derecho Constitucional

- *Alejandro E. Álvarez (Francia)*
  La internacionalización del Derecho Penal:
  el ejemplo del Mercosur

- *Jorge Antonio Giammattei Avilés (Nicaragua)*
  La Corte Centroamericana de Justicia como tribunal
  constitucional de la Comunidad Centroamericana

- *Jorge Lavopa*
  Derecho Constitucional y Procesos de integración.
  La integración en los estados federales del Mercosur.
  El caso argentino y brasileño

Milton H. Cairoli Martínez (Uruguay) *

Derecho Constitucional y procesos de integración (con especial referencia al Mercosur)

I. Introducción

1. La integración entre los Estados necesita de un proceso de interrelacionamiento e interdependencia múltiple, que torna imprescindible no olvidar diferentes aspectos de la realidad constitucional de cada uno de los países que se unen a través de esa nueva forma de cooperación.

Los presupuestos para que la integración entre Estados tenga éxito tienen su fundamento en el convencimiento de cada uno de ellos en que el proceso será de interés y beneficio para todos, de modo tal que no sólo cumpla con un interés nacional sino con otro comunitario.

2. Además del imprescindible interés preponderantemente económico que preside en cada uno de los sistemas de integración comunitaria, es preciso destacar que en todo proceso de ese tipo debe estar presente el Derecho. Esto es porque estos procesos se construyen a través de acuerdos interestatales y los tratados que se suscriben son creadores de relaciones jurídicas, muchas de las cuales deberán ser resueltas en interés del derecho supranacional y de los derechos nacionales de los países involucrados en la integración.

En una palabra, son comunidades creadas por el Derecho y a su vez generadoras de Derecho, son comunidades unidas por el Derecho, una unión preservada y realizada mediante el Derecho.[1]

---

* Ministro de la Suprema Corte de Justicia. Catedrático de Derecho Penal en la Universidad de Montevideo, Uruguay.

[1] Oscar Sarlo, "Hacia un espacio jurídico común en Mercosur", en *Seminario internacional Derecho Comunitario*, Montevideo, 26 y 27 de julio de 1997, programa FAS, p. 1.

3. Y evidentemente, cuando se habla de Derecho no es posible prescindir de la más alta jerarquía en la escala normativa que rige en cada Estado, esto es, el Derecho Constitucional.

En todo proceso de integración, como norma primordial es preciso que se respeten los derechos fundamentales de cada uno de los países que formen aquél y se consagren garantías sociales, económicas y jurídicas en el marco de la Constitución.

La única forma de legislar adecuadamente para una comunidad integrada es respetando los principios generales de Derecho tales como la buena fe, la igualdad ante la ley, la no discriminación, el derecho al debido proceso legal, la seguridad jurídica, la no retroactividad de la ley penal, la libertad o concentración legislativa, entre otros.

4. Pero todo proceso de integración supone la transferencia de algunas atribuciones propias de los órganos internos de los Estados miembros de la comunidad, a los órganos de la propia comunidad.

Algunas Constituciones de países de la Europa Occidental tienen cláusulas que autorizan ese tipo de transferencias de atribuciones; por ejemplo, el artículo 24 de la de Alemania de 1949, donde se dice que la federación podrá transferir, por ley, derechos de soberanía a instituciones internacionales; también la Constitución francesa en su artículo 55 dice que los tratados debidamente ratificados tendrán una autoridad superior a las leyes. Disposiciones similares contienen las Constituciones de España, Italia, Dinamarca, Suecia, Luxemburgo, Holanda, Bélgica, y Grecia.[2]

De todos modos, siempre hay situaciones en las que el juez nacional actuando como juez comunitario debe aplicar una norma comunitaria que es contraria a la Constitución de su país. Esto ha ocurrido en la Unión Europea, al punto que el Consejo Constitucional francés, por ejemplo, resolvió en 1992 que la autorización para ratificar el Tratado de Maastricht debía ser precedida de una revisión de la Constitución francesa, porque algunas de las cláusulas de este acuerdo eran inconstitucionales.[3]

5. El tema de las transferencias de atribuciones derivadas de las soberanías de los distintos Estados miembros afecta sin duda el concepto clásico de la soberanía. El concepto tradicional identifica a la soberanía con el *imperium*, la *supremitas*, la *potestas* romana, o sea, la propiedad del poder o el poder sobre el poder.

Recién a fines del siglo XVIII se tuvo en cuenta al pueblo como fuente de legitimidad y apenas a fines del XIX se darían las estructuras formales internas como la democracia representativa generalizada, la protección de los derechos humanos y además las estructuras internacionales, como la autodeterminación de los pueblos, en todos los casos adecuadas para hacer posible que el hombre, como ser humano posee-

---

[2] Mariano Daranas Peláez, *Las Constituciones europeas*, Madrid, t. I, pp. 197, 760 y 897, t. II, p. 1219.

[3] Aída Kemelmajer de Carlucci, "El juez frente al derecho comunitario", *El Derecho*, 18 de agosto de 1992, p. 3.

dor de derechos individuales, obre con eficacia en el ámbito político y sea el soporte de legitimidad de los sistemas.[4]

La importancia de que el hombre tenga la posibilidad de decidir si vivirá en su propia sociedad o en una comunidad de naciones hace posible que esa voluntad trascienda a los Estados para que tomen esa misma decisión.

6. La noción clásica de soberanía es incompatible con la de un orden jurídico internacional y, por eso mismo, inconciliable con cualquier atisbo de integración, por lo que debe recurrirse a modernas nociones de soberanía.

No quiere decir que el Estado se subordine a un poder ajeno, sino que se integre a un sistema jurídico coordinado entre todos los Estados que pertenecen a una Comunidad.[5]

En el nuevo concepto de soberanía comunitaria se da entrada a la interdependencia entre Estados, lo que apareja una suerte de cesión o delegación a los organismos comunitarios de una parte del poder absoluto de cada uno. Parecería bastante lógico considerarla desde un punto de vista funcional como la suma de las competencias y derechos de cada Estado, de los que cada uno de ellos no debe abdicar en sus relaciones con los demás. De esas relaciones nace justamente el nuevo Derecho Comunitario, frente al cual la soberanía propia de cada Estado, innegable, insustituible, debe ser absoluta, ilimitada e indivisible.

7. Los órganos comunitarios carecen de fuerza jurídica creadora, porque únicamente la tienen en forma derivada del Derecho de Integración. Es una especie de poder secundario que reciben a través de las normas del tratado, instituidas por el acuerdo y cuyos límites no pueden sobrepasar.

La Comunidad en realidad no es soberana, porque depende de la voluntad de los países miembros que la forman, lo que explica que, pese a su adhesión a las Comunidades de integración, los Estados miembros retengan en sus manos lo esencial de su poder soberano.[6]

8. No todas las Constituciones latinoamericanas —me refiero en especial a las de los países que integran el Mercosur— tienen disposiciones que autorizan la transferencia de atribuciones a la Comunidad.

La Constitución brasileña de 1988, en su artículo 4, dice que la República Federativa de Brasil buscará la integración económica, política, social y cultural de los pueblos de América Latina, aprobando la formación de una Comunidad Latinoamericana de Naciones.

---

[4] Milton Cairoli, *La cooperación penal internacional, la asistencia mutua y la extradición*, FCU, Montevideo, 2000, p. 14, con cita de Arbuet Vignali.

[5] Heber Arbuet Vignali, "La soberanía hacia el siglo XXI. Desaparición, divisibilidad o nuevos odres para viejos vinos", *Revista de la Facultad de Derecho*, 2ª época, nº 15.

[6] Moreno Loayza, *El Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, como medio jurídico de solución de controversias*, Tribunal de Justicia de Cartagena, Publicaciones, Estudio nº 4, Quito, 1987, pp. 48 y ss.

La Constitución argentina de 1994 tiene varias disposiciones que se refieren al tema, aunque en forma indirecta. Veamos: el artículo 27 establecía que el Gobierno federal está obligado a afianzar sus relaciones de paz y comercio con las potencias extranjeras por medio de tratados que estén en conformidad con los principios de Derecho Público establecidos en la Constitución. Esta norma ofrecía serias dificultades para concretar tratados que implicaran transferencia de atribuciones a una instancia supranacional, a pesar de que Argentina suscribió convenios que son contradictorios con este principio, como por ejemplo, el Pacto de Derechos Humanos de San José de Costa Rica y el Convenio del Fondo Monetario Internacional, entre otros.

Pero estos problemas se solucionaron con la reforma constitucional de 1994 llevada a cabo en la Constituyente de Santa Fe, donde se incorporó el inciso 24 al artículo 75 de la Carta, en el que se autoriza al Congreso a aprobar tratados de integración que deleguen competencias a organizaciones supraestatales en condiciones de reciprocidad e igualdad y que respeten el orden democrático y los derechos humanos. Este texto, además, ha otorgado a las normas comunitarias una jerarquía superior a una ley ordinaria, aunque no superior la Constitución.[7]

9. La Constitución uruguaya, en su artículo 6, dice que la República procurará la integración social y económica con los Estados latinoamericanos, especialmente en lo que se refiere a la defensa común de sus productos y materias primas.

Esta norma no es más que una referencia muy oblicua al tema que se está tratando, puesto que en realidad no expresa ninguna autorización para transferir parte de su soberanía a la Comunidad mercosuriana.

10. Estas dificultades de interpretación para el buen cumplimiento de los acuerdos comunitarios tiene un punto que debe considerarse: el de la jerarquía normativa que existe entre la Constitución y cualquier tratado comunitario. Es el tema que abordaré en el parágrafo siguiente.

II. La Constitución y los tratados comunitarios, una cuestión de jerarquía

11. No se trata de un mero problema teórico o académico; por el contrario, durante mucho tiempo ha suscitado, y sigue haciéndolo, dificultades de orden práctico que trascienden el ámbito de los gabinetes de estudio.

12. Los problemas más importantes a tratar en esta cuestión son el de la validez jurídica de las obligaciones creadas por los tratados frente al Derecho Interno y el de establecer qué solución debe adoptarse cuando una ley es inconciliable con un tratado.

Hagamos algunas precisiones preliminares.

---

[7] Miguel Á. Ekmekdjian, *Introducción al Derecho Comunitario latinoamericano*, 2ª ed., Depalma, Buenos Aires, 1996, pp. 320 y 321.

13. En primer término, el tratado es toda concordancia de voluntades entre dos o más sujetos de Derecho Internacional, destinada a producir efectos jurídicos, es decir, a crear, modificar o suprimir una relación de derecho.

14. Las condiciones de validez de los tratados se rigen por las normas constitucionales basadas en principios generales de Derecho y en reglas de Derecho Privado aplicables a la materia contractual.

La capacidad para celebrar tratados se considera inherente a la calidad de Estado y debe tener un objeto lícito y posible; así, sería nulo un tratado de cesión de territorios ajenos o aquel cuyo fin fuera emprender la guerra contra terceros Estados.

El tratado en realidad no surge de la ley sino de las propias normas de la Constitución, que reconoce el derecho del Estado a vincularse por tratados o acuerdos con los países extranjeros.

15. En doctrina se han planteado tres posiciones respecto a la jerarquía que debe tener el tratado frente a la ley interna.

a. Una de ellas entiende que el tratado tiene jerarquía constitucional o incluso supraconstitucional.

Yo creo que se trata de un caso puramente teórico; no existen Constituciones que adopten este criterio, salvo parcialmente, como sucede con la de Holanda y en cierto modo la argentina, cuyo artículo 75 otorga jerarquía constitucional a una serie de instrumentos internacionales sobre derechos humanos.

b. Otra posición entiende que el tratado tiene jerarquía superior a la ley ordinaria, pero inferior a la Constitución.

Varias Constituciones adoptaron esta solución; así, la francesa de 1958 expresaba que los tratados o acuerdos debidamente ratificados o aprobados tienen desde su publicación una autoridad superior a las leyes, bajo reserva, para cada acuerdo o tratado, de su aplicación por la otra parte.

La Constitución de Holanda excluye la aplicación de normas jurídicas vigentes en el Reino cuando éstas sean incompatibles con las disposiciones de un tratado o con las resoluciones de las instituciones que obliguen a los particulares.

c. Una tercera posición entiende que la jerarquía del tratado es igual a la de la ley. Esta es la solución adoptada por la República Oriental del Uruguay.

Si esto lo dice la Constitución, no hay problema, pero sucede que no siempre las Cartas constitucionales dilucidan este punto tan concretamente.

16. ¿Qué sucede, por ejemplo, si se dicta una ley contraria al tratado?

Hay dos posiciones al respecto:

a. Una entiende que la ley es legítima, arreglada a la Constitución, pues un tratado no puede limitar las facultades constitucionales del Parlamento. Claro que esto es lo que debe demostrarse fehacientemente; al no hacerlo se incurre en una petición de principios. Sin perjuicio de ello, en todo caso, la sanción de esa ley es un acto violatorio del Derecho Internacional, que genera responsabilidad del Estado.

b. La otra posición entiende que dicho acto legislativo es contrario a la Constitución y por ello también es ilegítimo desde el punto de vista del Derecho Interno.

En efecto, la Constitución no puede haber previsto y autorizado que se dictaran leyes contrarias a los tratados, porque por otro lado ha dicho que éstos son normas que obligan al gobierno y que se rigen por el Derecho Internacional.

17. En consecuencia, la ley que contradice un tratado es ilegítima, pero no por ser contraria al tratado, sino por estar en contradicción con la Constitución, desde que ésta respalda la obligatoriedad de todo tratado en vigor y regularmente celebrado por el país.

18. Un tratado se puede oponer a la Constitución nacional si es anterior a ella y también si se acuerda posteriormente a la vigencia de la Lex Fundamentalis.

a. El primer caso —tratado anterior a la Constitución y que después resulta opuesto a ella— se resuelve de la siguiente forma: si la cuestión se plantea ante los jueces nacionales, éstos le darán primacía a la Carta; si se plantea ante jueces internacionales, éstos le darán primacía al tratado, porque, en caso contrario, a los Estados les resultaría muy fácil desligarse de sus tratados, modificando sus Constituciones en ese punto.

b. Cuando la oposición se genera entre la Constitución vigente y un tratado posterior a ella, si el caso se plantea ante jueces nacionales, éstos darán preeminencia a la Carta, porque entre las formas de modificarla no está la de firmar tratados, lo que ocurre con las Constituciones más o menos rígidas, como la de Uruguay. Si la cuestión se plantea ante jueces internacionales, éstos deberán determinar que el tratado es inconstitucional, puesto que se actuó *ultra vires* y el acto no puede obligar al Estado.

Pero lo más importante en este aspecto es que los tratados comunitarios contienen la mayor parte del Derecho Constitucional de la Comunidad, son obligatorios tanto para los Estados miembros como para la Comunidad. Se podría hablar casi de una *constitución* de la Comunidad, implícitamente contenida en los tratados concluidos entre los Estados, que constituyen un Derecho autónomo que es el comunitario.

III. Principios constitucionales como fuente de integración del Derecho Comunitario

19. Para suprimir las lagunas del Derecho Comunitario y, en especial, para controlar la validez de los actos de las instituciones o la compatibilidad que tengan los actos de los Estados miembros con el Derecho Comunitario, lo más aconsejable es recurrir a los principios generales del Derecho, que por lo demás están contenidos en las Constituciones de todos los Estados modernos.

Ésa ha sido la práctica preponderante en el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que apoyándose en un examen de Derecho Comparado escoge los princi-

pios que mejor se acomodan a la naturaleza y fines de la Comunidad y a su noción de justicia.[8]

20. Veamos entonces algunos de estos principios fundamentales de Derecho con rango constitucional que, a mi juicio, deben tenerse como base de toda relación comunitaria, aunque sólo sea por el hecho de que ésta implica un acuerdo contractual entre partes-Estados.

1. Principio de seguridad jurídica

21. Este principio exige que las normas de Derecho Interno que estén destinadas a la ejecución del Derecho Comunitario estén redactadas inequívocamente, para hacer fácil a los interesados el conocimiento de sus derechos y obligaciones de modo claro, concreto y preciso, y que los órganos jurisdiccionales aseguren el respeto de aquéllas.

22. En el ordenamiento constitucional uruguayo este principio surge claramente de lo establecido por el artículo 72 de la Carta Magna, donde aparece implícitamente contenido entre aquellos derechos que son inherentes a la persona o derivados de la forma republicana de gobierno.

23. La Suprema Corte de Justicia del Uruguay ha reconocido el principio de seguridad jurídica en diversos fallos, en los que ha establecido, en lo sustancial, que la esencial garantía de la seguridad jurídica es que los ciudadanos sepan, en la medida de lo posible, qué conductas pueden realizar y cuáles no, con qué penas pueden ser sancionadas sus infracciones de las normas, en qué marco procesal y con qué condiciones de ejecución.[9]

24. Entiendo que la seguridad jurídica es un denominador común de todos los demás principios constitucionales, pero que además tiene personalidad propia y determinada, pues asegura una expectativa razonablemente fundada para cada ciudadano respecto a cuál será la actuación del poder aplicando el derecho vigente y conocido.[10]

2. Principio de buena fe

25. El concepto de *buena fe* es uno de los llamados *conceptos jurídicos indeterminados*, porque dejan a la potestad discrecional una elección esencial en el obrar, susceptible de ser completada, determinada o colmada por el juez, a quien la ley confía esa labor.[11]

---

[8] Jose Carlos Moitinho de Almeida, "La protección de los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas", en *El Derecho Comunitario europeo y su aplicación judicial*, Civitas, Madrid, 1993, p. 118.

[9] Sentencia nº 70/97, entre otras.

[10] Enrique Álvarez Conde, *Curso de Derecho Constitucional*, vol. 1, 2ª ed., Madrid, 1996, p. 257.

[11] Suprema Corte de Justicia, sentencias nºs 24 y 124/91, 781/92, 158/01, entre otras.

26. En el ámbito comunitario, la conducta ilegal de una institución perteneciente a un Estado miembro no puede justificar la confianza en el mantenimiento de una situación que es a todas luces incompatible con el Derecho Comunitario. Por ello entiendo como imprescindible la vigencia de este principio de buena fe o de confianza mutua en todas las relaciones entre Estados, así como que ello debe ocurrir para el buen funcionamiento de las tratativas entre particulares, sea desde el punto de vista del Derecho Contractual, sea del punto de vista del Derecho Procesal.

3. Principio de igualdad ante la ley

27. Este principio consiste en otorgar idéntico tratamiento a todos los ciudadanos de la comunidad que hayan cometido hechos lesivos del Derecho Comunitario.

Esta es una norma muy lógica, que no permite una interpretación distinta de la enunciada, pero no en todas las ramas del Derecho se asiste a una solución tan desprovista de dificultades. Por ejemplo, en Derecho Penal la situación es muy difícil de resolver. En efecto, si se trata de un delito penal el tratamiento punitivo debe ser idéntico en las legislaciones de todos los miembros comunitarios, pues lo contrario posibilitaría que el infractor eligiera el Estado donde cometerá el delito. Pero sucede que en esta materia las comunidades tienen sistemas muy restringidos, porque ninguno de los países comunitarios se ha mostrado capaz de ceder expresamente su derecho de punición.

28. Si tomamos, por ejemplo, la Comunidad que tiene más larga data, la Europea, hoy Unión Europea, advertimos que ninguno de los países signatarios del Tratado de Roma y complementarios ha cedido expresamente su derecho a penar, y ello en el entendido de que al hacerlo estarían violando la soberanía interna, propia de cada país miembro de la Unión.[12]

29. En el ámbito del Mercosur, el Tratado de Asunción, en su artículo 1º, dice que entre los cuatro países hay un compromiso de armonizar sus legislaciones. Pero ocurre que esta armonización debe ser cumplida primero a nivel interno, porque llegar a un Derecho Penal regional es muy difícil. Por esa razón es que se hace cierta la afirmación de que, por lo menos como punto básico, es preciso respetar los principios generales del Derecho y en especial tener un elenco muy fuerte de derechos fundamentales.

30. Entiendo que la Suprema Corte de Justicia uruguaya ha establecido claramente cuál es el alcance del principio de igualdad, recordando las palabras de Recasens Siches:

> Los hombres deben ser tratados igualmente por el derecho respecto de aquello que es esencialmente igual en todos ellos, a saber: en la dignidad personal y en los corolarios

---

[12] Thorsten Stein, conferencia dictada en la Facultad de Derecho de la Universidad de Montevideo, abril de 1999, acerca de la competencia del Tribunal de la Unión Europea o Corte de Luxemburgo.

> de ésta, es decir, en los derechos fundamentales o esenciales que todo ser humano debe tener. Y resulta que, en cambio, deben ser tratados desigualmente en lo que atañe a las desigualdades que la justicia exige tomar en consideración.[13]

De ahí, como lo recuerda el ilustrado constitucionalista nacional Justino Jiménez de Aréchaga,[14] que la jurisprudencia norteamericana haya sustentado:

> […] que ningún acto legislativo es válido si afecta claramente el principio de la igualdad de derechos garantizados por la Declaración de Derechos, pero que el mismo no se opone a que se legisle para grupos o clases de personas, a condición de que […] todos los comprendidos en el grupo sean igualmente alcanzados por la norma y que la determinación de la clase sea razonable, no injusta, o caprichosa, o arbitraria, sino fundada en una real distinción.[15]

31. Por supuesto que todas estas conclusiones acerca del principio de igualdad son válidas para las relaciones entre los distintos miembros de la Comunidad, no sólo en lo que tiene que ver con los Estados sino también entre los individuos que los integran como componentes del concepto de Nación.

4. Principio de legalidad o de libertad

32. Cualquier tipificación, se trate de la penal o de otra proveniente de distintas ramas del ordenamiento jurídico, debe estar basada en un texto claro y no ambiguo.

33. El ordenamiento constitucional no puede ser una excepción a este principio, por lo que en todas las Cartas Fundamentales existe una disposición que concreta el derecho a que ningún habitante del Estado sea obligado a hacer lo que no ordena la ley ni privado de lo que ella no prohíbe.[16]

34. Ese principio de legalidad debe ser respetado en todo tratado comunitario; las normas de éstos deben estar de acuerdo con las del Derecho Interno de cada uno de los países miembros.

35. En algunos acuerdos comunitarios la jurisprudencia ha señalado el camino de la interpretación de las normas contenidas en el Derecho de la Comunidad, como sucede en la Unión Europea, cuyo Tribunal de Luxemburgo o Corte de la Comunidad Europea ha definido la normativa de la Comunidad "a golpes de jurisprudencia", según afirmó uno de sus primeros magistrados, Pierre Pescatore.

36. Pero, aun en el caso de creaciones jurisprudenciales de los tribunales comunitarios, debe precisarse que no son en definitiva más que una aplicación del principio de legalidad, puesto que los fallos deberán tener como base natural la ley, aunque la interpretación de los jueces pueda superar extensivamente el criterio formal exigido

---

[13] *Filosofía del Derecho*, p. 590.

[14] *La Constitución nacional*, t. I, p. 367.

[15] Sentencias n°s 323/94, 729/96, 519/00 y 21/01, entre otras.

[16] Artículo 10 de la Constitución uruguaya.

por la norma. Una cosa es crear Derecho análogo, sin base legal, y otra aceptable es interpretar extensivamente la norma, adecuando su ámbito de acción a las exigencias actuales de la comunidad en la que rige.

Interpretar en general no es elegir libremente, no es inventar, sino tratar de desentrañar la voluntad de la propia ley, e *interpretar extensivamente* consiste en extender la palabra de la ley para captar su espíritu, pero teniendo la precaución de no franquear los límites normativos y penetrar en la creación analógica.

37. No debe olvidarse que el juez intérprete de la ley realiza los preceptos jurídicos, a diferencia de lo que sucede con un ciudadano cualquiera, que sólo puede seguirlos o no.[17]

38. En el Derecho Comunitario no es posible pensar en otra solución que la armonización de las legislaciones de los países miembros en aras de una mejor aplicación de éstas y de un buen funcionamiento del bloque, en tanto no se cree el imprescindible Tribunal de Justicia que deberá tener una competencia obligatoria y excluyente de otros mecanismos que distorsionen la administración de una justicia imparcial, independiente y sobre todo homogénea.[18]

Como es sabido, el Mercosur no posee un Tribunal de Justicia, a la manera de la Unión Europea y de la Comunidad Andina del Pacto de Cartagena, por lo que la resolución de los conflictos que puedan producirse entre los países miembros se ha encargado a organismos políticos y no jurisdiccionales.

39. Entiendo que el respeto al orden jurídico comunitario creado en el Mercosur sólo será posible mediante la institucionalización de un Tribunal, que será el que controle la legalidad de la actuación de las instituciones y el cumplimiento del Tratado de Asunción por los países miembros, garantizando la aplicación uniforme del Derecho Comunitario.[19]

Este tema será objeto de tratamiento más adelante.

5. Principio de debido proceso legal

40. El artículo 12 de la Constitución uruguaya dice que nadie puede ser penado ni confinado sin forma de proceso y sentencia legal, consagrando el principio del debido proceso legal.

41. La Suprema Corte de Justicia de la República Oriental del Uruguay ha reconocido este principio en múltiples fallos, destacando la posibilidad de que las dos partes del proceso sean oídas por igual, la inviolabilidad de los derechos de la defensa y el trato igual para ambos contendientes procesales. Ello, ha dicho, es una expresión

---

[17] Sebastián Soler, *Interpretación de la ley*, Barcelona, 1962, p. 72.

[18] Gustavo Magariños Morales, "Integración económica", en *Segundo Encuentro de Presidentes de Cortes Supremas del Cono Sur* (Sucre, 1992), Editorial Judicial, 1993, pp. 78 y 79.

[19] Cairoli, op. cit., p. 29.

de la dignidad de la persona humana, como garantía de los derechos de que es titular y que reclama, lo que es también un derecho esencial o fundamental de la persona.[20]

42 El sentido de tener "su día ante la Corte", equivale a que el demandado haya tenido debida noticia de la acción, que se le haya conferido una razonable oportunidad de comparecer y exponer sus derechos y que el tribunal esté constituido de tal modo que ofrezca una seguridad razonable de su honestidad e imparcialidad.[21]

43. Esto no es más que una consecuencia de la vigencia del principio de igualdad, en la medida en que la "afirmación puramente jurídica de la igualdad de las partes puede convertirse en letra muerta si después, en el caso concreto, la disparidad de cultura y de medios económicos pone a una de las partes en condiciones de no poderse servir de esa igualdad jurídica".[22]

44. Otra manifestación del principio de debido proceso es la inviolabilidad de la defensa, también consecuencia del principio de igualdad, pues al legislar en forma diversa a personas que tienen la calidad de partes en un mismo proceso, estableciendo distinto alcance de la disposición para uno u otro, se vulnera la normativa superior (Constitución uruguaya, artículo 8º) que consagra el referido principio.[23]

45. Pero además, la Constitución uruguaya, en su artículo 18, otorga al legislador la facultad de fijar el orden y las formalidades de los juicios, lo que lleva implícito el derecho de adaptar el proceso a la naturaleza peculiar del derecho comprometido en cada relación procesal.[24]

46. Consecuentemente con lo indicado, en cualquier decisión de los órganos jurisdiccionales competentes para resolver conflictos de la comunidad, es imposible desconocer el principio del debido proceso legal, por lo que debe atenderse primordialmente al Derecho Procesal que instrumentará todo el funcionamiento práctico del sistema. Deberá determinarse si el procedimiento será de una forma o de otra, quiénes serán los legitimados para actuar, qué organismo será el decisor y si estas decisiones serán o no recurribles, sin perjuicio de instrumentar algunos mecanismos alternos de solución de conflictos.

Y aun cuando estos mecanismos alternativos estén pensados para ser utilizados por quienes no son jueces y por fuera de los procesos, también a su vez pueden ser aplicados por magistrados judiciales antes del proceso o durante su decurso.

---

[20] Sentencia nº 334/97.

[21] Eduardo J. Couture, *Estudios de Derecho Procesal Civil*, t. I, p. 59; Enrique Vescovi y otros, *Código General del Proceso del Uruguay anotado*, t. I, pp. 89 y ss.; Charles Evans Hughes, *La Suprema Corte de Estados Unidos*, p. 171; y Edvard S. Corwin, *La Constitución de los Estados Unidos y su significado actual*, p. 497.

[22] Piero Calamandrei, *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, t. I, Buenos Aires, p. 418.

[23] Suprema Corte de Justicia, sentencia nº 519/00.

[24] Raúl Alonso De Marco, "El debido proceso y la Suprema Corte de Justicia uruguaya", en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 1999*, Fundación Konrad Adenauer, pp. 323 y ss.; Suprema Corte de Justicia del Uruguay, sentencias nos 989/96 y 108/01, entre otras.

6. Principio de irretroactividad de la ley penal

47. Este principio no está expresamente señalado en la Constitución uruguaya, pero es una derivación del principio de legalidad que surge como esencial garantía para la seguridad de las personas, aportada por el jusnaturalismo personalista.[25]

48. Cuando la ley está vigente es obligatorio imponer sus consecuencias a las conductas que se producen bajo su imperio; por esa razón es que la ley se limita en su aplicación al tiempo en que rige y ello no sucede cuando un hecho ocurre antes o después de su vigencia.

En materia penal esto es muy grave, puesto que, al crearse un nuevo tipo delictivo, esa ley no puede aplicarse a hechos anteriores que hubiesen violado ese nuevo tipo delictivo. De lo contrario, nadie estaría seguro de su actuación en un momento determinado, pues lo que hoy es permitido hacer, mañana puede ser ilícito; no es justo que quien cometió una conducta lícita sea luego penado porque aquélla se tornó ilícita por imperio de una ley posterior. En definitiva, no es, como se ha dicho, otra cosa que una aplicación más del principio contenido en el artículo 10 de la Constitución uruguaya.

49. Creo que es posible estar de acuerdo con la afirmación del Tribunal Constitucional español, en sentencia de 20 de julio de 1981, donde estableció:

> […] la retroactividad será inconstitucional cuando se trate de disposiciones sancionadoras no favorables o en la medida en que restrinja derechos individuales […] Fuera de ello, nada impide, constitucionalmente, que el legislador dote a la ley del ámbito de retroactividad que considere oportuno.[26]

Es posible, pues, afirmar que el límite de la retroactividad está referido solamente a las leyes posteriores, sancionadoras o restrictivas de cualquier derecho individual.

IV. Tribunal de Justicia de la comunidad

50. El control judicial es un elemento esencial en todo organismo de corte comunitario. Como ya se afirmó en este trabajo (§ 39), nada mejor que un Tribunal de Justicia comunitario para interpretar y hacer aplicar el derecho del conglomerado de países unidos por el acuerdo común.

51. Permítase una vez más recurrir a la experiencia europea. En la Unión los tratados han atribuido al Tribunal de Justicia un determinado número de competencias o funciones. Si se las considera desde el punto de vista de los particulares, una parte de esas atribuciones se presenta bajo la forma de vías de recurso contra la violación de un derecho.

---

[25] Alberto R. Real, *Los principios generales de Derecho en la Constitución uruguaya*, Montevideo, 1958, p. 53.

[26] Álvarez Conde, op. cit., p. 256.

Se ha dicho que la Comunidad Europea (Unión) debe ser una comunidad de derecho, idea en la que está incluido también el hecho de que el Tribunal deberá salvaguardar algo más que el simple Derecho Positivo: deberá proteger, además, la ley en general, esto es, los derechos naturales de los particulares.

Además ese tribunal es el que mantendrá el equilibrio entre las competencias conferidas a la Comunidad y las que son propias de los Estados miembros.

Y por último, el que realizará la interpretación coherente de los tratados será precisamente el Tribunal Judicial de la Comunidad.[27]

52. Entre nosotros la situación no es clara, puesto que, curiosamente, la mayoría de los acuerdos latinoamericanos, con excepción del Pacto Andino y actualmente del Mercado Común Centroamericano, no ha previsto la creación de un tribunal como órgano de control de legalidad y de interpretación uniforme del Derecho Comunitario. En efecto, si recordamos los acuerdos de la ALALC, la ALADI, la Asociación de Libre Comercio del Caribe y el Mercosur, ninguno de ellos ha establecido cláusulas de creación de un Tribunal de Justicia que interprete y aplique el derecho de esas respectivas comunidades.

53. En el Mercosur, a pesar de que el artículo 1º del Tratado de Asunción establece como compromiso armonizar las legislaciones de los miembros para fortalecer la integración, lo que llevaría a la creación de institutos comunes en todos los órdenes, y del artículo 3º del Anexo III, que dice que los Estados adoptarán un sistema permanente de solución de controversias, el adoptado no ha sido el del Tribunal de Justicia.

54. De ese modo, según creo, se ha evadido el aspecto de interpretación del derecho por un órgano de Derecho Jurisdiccional y se ha impedido que la comunidad mercosuriana posea un organismo que controle la legalidad de los actos de sus instrumentos.[28]

La consecuencia de ello es que el individuo no es admitido a participar en este mecanismo en defensa de sus derechos, lo cual sería posible si se creara un tribunal al que se cediera una competencia obligatoria y excluyente de otros mecanismos.

55. En la Carta de Ouro Preto, firmada el 21 de setiembre de 1996, se resolvió recomendar la creación e instalación de una Corte de Justicia Supranacional para la aplicación, interpretación y unificación jurisprudencial del Derecho Comunitario.

Sin embargo, esto no es tan fácil como parecería, puesto que, si bien Argentina y Paraguay tienen expedito el camino constitucional para la creación de un tribunal supranacional, no ocurre lo mismo con Brasil y Uruguay.

---

[27] Hjalte Rasmussen, "El Tribunal de Justicia", en *Treinta años de Derecho Comunitario*, Luxemburgo, 1981, pp. 163.

[28] Cairoli, op. cit., p. 30.

56. En efecto, en Uruguay, el artículo 6º de la Constitución nacional dice: "En los tratados internacionales que celebre la República propondrá la cláusula de que todas las diferencias que surjan entre las partes contratantes, serán decididas por el arbitraje u otros medios pacíficos". Esto elimina la posibilidad de que los conflictos sean resueltos de otra forma. Sería necesario, pues, reformar la Constitución en este aspecto, lo que no siempre es fácil, dado que el procedimiento se torna pesado y lento. De todos modos, puede asegurarse que a nivel político existirían las voluntades para aceptar la creación de un Tribunal de Justicia supranacional para dirimir los conflictos entre los países comunitarios.

57. No sucede lo mismo con Brasil, donde a nivel gubernativo, aunque no académico y judicial, se ha manifestado una férrea oposición a la creación de un Tribunal, prefiriendo la solución a través de organismos de corte político, tal como está establecido en los tratados referentes al Mercosur.

58. La Comisión Nacional de Juristas uruguayos expresó lo siguiente:

> La creación de un mecanismo de integración que tenga por finalidad el funcionamiento de un Mercado Común, determina a juicio de la Comisión Nacional de Juristas, de manera esencial, la exigencia de un Tribunal de Justicia como instrumento de garantía de la legalidad y de la interpretación uniforme del derecho comunitario. No puede haber un mercado Común sin un ordenamiento jurídico y no puede existir un ordenamiento jurídico sin un Tribunal de Justicia.[29]

Lo cierto es que el Protocolo de Brasilia, cuando adoptó el sistema de arbitraje para dirimir los conflictos a crearse en el ámbito del Mercosur, a mi juicio no confirió seguridades máximas para la aplicación del derecho, lo que sin duda es un paso atrás en el proceso de integración.[30]

Los conflictos sólo tendrán una respuesta adecuada con la creación de un órgano jurisdiccional que garantice el respeto del derecho y su interpretación en el orden comunitario.

59. En la Unión Europea, que a juicio de los especialistas y el mío propio es el mecanismo de solución de controversias jurídicamente más avanzado y completo, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas tiene a su cargo la resolución de los recursos por incumplimiento, de anulación y de interpretación prejudicial. Los

---

[29] Resolución del Simposio sobre un Tribunal de Justicia para el Mercado Común del Sur, celebrado en Montevideo, 1992; cf. Adolfo Gelsi Bidart, "Exposición sobre solución de Contoversias", en seminario internacional "La dimensión jurídica de la integración", Aladi, Montevideo, 1992, p. 199; y "Tribunal de Justicia para el Mercosur", en *Revista de la Facultad de Derecho*, 2ª época, nº 1, 1991, pp. 57 y ss.; Héctor Gros Espiell, "Tratado del Mercosur", conferencia dictada en "Mercosur, el Tratado de Asunción", en el Instituto de Estudios Empresariales de Montevideo, Montevideo, 1991, p. 29; y Raquel Landeira, Beatriz Scapusio, "Solución de controversias: hacia un Tribunal Supranacional", en 2º seminario internacional: "La regionalización del Derecho Penal en el Mercosur", Intendencia Municipal de Maldonado (Uruguay), 1993, pp. 185 y ss.

[30] Cf. Landeira y Scapusio, op. cit., p. 193.

dos primeros están incluidos en el sistema de arbitraje acordado en el Protocolo de Brasilia, pero no el de la interpretación prejudicial, que sólo puede ser conferido a un tribunal supranacional.[31]

V. Reflexión final

60. Aparentemente, por el momento no se advierte peligro de grandes colisiones entre el Derecho Comunitario del Mercosur y el Derecho Constitucional, debido a mi juicio a que existe un consenso que rige la actuación de los órganos comunes creados por el acuerdo y protocolos adicionales.

61. Asimismo, cabe señalar que en algunos países se han hecho esfuerzos considerables para delegar competencias y jurisdicción hacia los organismos supraestatales, tal como lo ha establecido el artículo 75 num. 24 de la Constitución argentina y el artículo 145 de la Constitución paraguaya, que reconoce expresamente la existencia de un orden jurídico supranacional como garantía de derechos fundamentales del hombre.

62. En consecuencia, en tanto no nos despojemos de viejas vestiduras en lo referente a conceptos tales como soberanía, independencia, seguridad, y comencemos a aceptar que estamos en una nueva era dominada por comunidades de Estados, unión que cada vez se hace más necesaria para la convivencia pacífica de los países del orbe, no estaremos en condiciones de reconocer en toda su validez lo que es la integración.

63. La tradición jurídica es la consecuencia de las construcciones de la razón; por ello no es ilógico ni absurdo que, en la búsqueda de un bienestar común, se sometan las naciones a un argumento superior por su coherencia interna y por su racionalidad.

Ello, naturalmente, siempre que se respeten los ordenamientos constitucionales de cada uno de los integrantes de la Comunidad, y si alguno se opone a una solución racional para el buen funcionamiento de ésta, no deberá dudarse en promover el procedimiento pertinente para su modificación y sustitución por normas que permitan el desarrollo consolidador de un sistema común.

---

[31] El Tribunal Andino del Pacto de Cartagena tiene las tres facultades, aunque en la práctica no ha funcionado convenientemente porque los Estados miembros permitieron que antes de su creación se acumulara un número considerable de incumplimientos que había sido tolerado por todos ellos y nadie quería hacer responsable a otros Estados de sus propios incumplimientos. También la Corte Centroamericana de Justicia tiene atribuida la llamada Consulta Prejudicial.

Lautaro Ríos Álvarez (Chile) *

Globalización, integración y Derecho Constitucional **

I. Un mundo global

1. En la actualidad —y cada vez con mayor frecuencia— se viene utilizando el término *globalización*. Ello se debe a que una proporción considerable de los problemas que antes concernían a cada país ha dejado de tener sólo alcance nacional. El tráfico creciente de personas, de bienes tangibles e intangibles y de todo tipo de comunicaciones fue perforando las fronteras que los retenían, hasta alcanzar una dimensión planetaria.

Así, hoy presenciamos la globalización de la economía, de los mercados, de las materias primas, de las operaciones bursátiles y hasta del deporte. También se han globalizado los problemas que aquejan a la humanidad, tales como las epidemias, la contaminación ambiental, la drogadicción o el sida (AIDS). Y así como a los habitantes de Europa occidental, ayer no les resultó un problema ajeno el colapso nuclear de Chernobyl, tampoco hoy a ningún país lo dejan indiferente las crisis monetarias y bursátiles que se han venido suscitando en Rusia, en Japón, en Hong Kong, en México o en Brasil. El mundo ha dejado de ser "ancho y ajeno", como decía el peruano Ciro Alegría.

En el campo jurídico las cosas han ido evolucionando de parecida manera. Pensemos en la universalización de los derechos humanos a partir de la segunda posguerra, en la impresionante proliferación de los tratados internacionales, en la creación de órganos de jurisdicción supranacional o en la paulatina generalización de ciertas figuras contractuales —el *leasing*, el *franchising*, los *joint-ventures*— del comercio inter-

---

* Universidad de Valparaíso, Chile.

** Ponencia presentada a las II Jornadas Chileno-Argentinas de Derecho Constitucional, celebradas en Santiago de Chile en septiembre de 1998.

nacional. En el fondo, a medida que han ido progresando, de manera espectacular, diversas especies de relaciones humanas —así como las tecnologías que las han esparcido a escala planetaria—, el hogar propio de la humanidad se ha ido tornando cada vez más pequeño.

2. El término *globalización* está, pues, referido a la expansión —mundial— de una o varias especies de relaciones humanas, de acontecimientos o de procesos que puedan afectar a toda la humanidad.

El adjetivo *global* —que proviene de la voz latina *globus* 'esfera', y que significa 'tomado en conjunto'— está ligado a la idea de globo terráqueo, es decir, que concierne a todo nuestro planeta, y en ese sentido fue precisamente utilizado por Herbert M. Mac-Luhan en su profética imagen de la aldea global, en la cual nos encontramos inmersos.[1]

El periódico de esta aldea, que puede adquirirse a cualquiera hora del día o de la noche, viene provisto de imágenes, textos y sonidos que cualquier terrícola puede leer, escuchar, imprimir o grabar; además, en su pantalla miscelánea, le es posible publicar su propia página, establecer comunicaciones y bajar información de toda índole. La red Internet es, en efecto, una de las muestras más elocuentes de la globalización en que vivimos.[2]

3. Con todo, esta alegoría fantástica de una humanidad unida por tantos y tan variados vínculos que parecerían asegurar su bienestar, alimenta dos factores contrapuestos que amenazan su supervivencia. Ellos son la explosión demográfica y la creciente disminución de las tierras productivas.

4. Durante incontables milenios, la humanidad se mantuvo por debajo de los mil millones de individuos. Esa cifra se alcanzó recién alrededor de 1830. Sin embargo, bastaron sólo cien años para duplicar la lenta tarea acumulada en las decenas de miles de años transcurridos desde la formación de la especie humana. Para completar el tercer millar de millones se necesitaron solamente 31 años: ello ocurrió en 1961. Apenas catorce años después, en 1975, la humanidad traspasaba la barrera del cuarto millar de millones. El quinto millar fue alcanzado en la segunda mitad de la década de los 80. Y, para el año 2000, la población mundial se calcula en unos 6.200 millones de habitantes.[3]

---

[1] Mac-Luhan divide la historia de la humanidad en tres edades, según el modo de comunicación: la primera es la era tribal, dominada por la palabra; luego viene la era Gutemberg, en que prevalece el lenguaje impreso, y la tercera es la aldea global, de la interacción instantánea, auditiva y visual.

[2] Internet carece de dueño, de estatuto legal y de fronteras. A través de su espacio navegan unos 80 millones de cibernautas habituales, localizados en más de 70 países. Menos del 2% de este universo es mayor de 40 años. Más del 40% pertenece al género femenino.

[3] Datos de la *British Encyclopedia*, Londres, 1980; complementados con las tablas comparativas elaboradas y proyectadas por la *World Christian Encyclopedia*, Oxford University Press, Nueva York, 1992.

En 1850, apenas cuatro ciudades en todo el orbe sobrepasaban el millón de habitantes. Sólo cincuenta años después —en 1900— el club de ciudades millonarias casi se había quintuplicado: eran 19. Pero ya en 1960 su número alcanzaba a 141. Hoy, probablemente, sobrepasan las doscientas.[4]

El urbanista Constantinos Dioxiadis (1913-1975) pronosticó que, ya a fines del siglo XXI, la población terrestre se presentará como una sola ciudad planetaria soldada por los extremos de la expansión de las urbes contiguas, conformando una gran conurbación asentada en los bordes continentales lindantes con los océanos y junto a las fuentes de agua dulce. Dioxiadis bautizó esta ciudad global con el apelativo de Ecumenópolis.[5]

5 En sentido inverso y mientras la explosión demográfica ha hecho crecer en forma exponencial la necesidad de alimentos, el desarrollo de las ciudades —generalmente ligado a la especulación con el valor del suelo— se ha venido realizando a costa de la urbanización de las mejores tierras agrícolas que antes rodeaban y nutrían a las grandes urbes. Basta llegar por vía aérea a la capital de cualquier país latinoamericano para advertir la espectacular expansión horizontal de las urbanizaciones y el no menos impresionante retroceso de las áreas de cultivo.

6. El incremento de ambas tendencias contrapuestas —la saturación poblacional, por una parte, y la disminución de las fuentes alimenticias, por la otra— puede conducir a la humanidad a un colapso crítico en que sólo se vislumbran dos alternativas probables de solución.

Una alternativa sería la guerra, el tradicional arbitrio de los fuertes para apoderarse de los recursos de los débiles; es decir, la solución de la fuerza. Hay ya quienes auguran que la próxima guerra mundial no será ni por las materias primas ni por la conquista de los mercados ni por el dominio de la energía; será por las fuentes de agua, el recurso vital más escaso del futuro.

La otra alternativa consiste en la organización racional de la humanidad y de los recursos disponibles para su digna y pacífica subsistencia. El primer paso en este largo camino es la *integración*.

II. Los procesos de integración

7. El término *integración* significa ‘completar un todo con sus partes’, pertenece al lenguaje de la sociología política y viene siendo utilizado para denominar procesos de complementación entre dos o más estados —en una o en varias áreas de sus relaciones— para formar un conglomerado mayor, en busca de resultados de conveniencia recíproca.

---

[4] Cf. datos sobre crecimiento de ciudades, en *Ekistics*, Instituto de Ciencia Social de La Haya.

[5] C. Dioxiadis y J. G. Papaioannou: *Eucumenópolis: The Inevitable City of the Future*, Athens Publishing Center, 1974.

Así se habla —a modo de ejemplo— de integración económica, política o jurídica. Y, como la aproximación de los estados partícipes y de sus ámbitos de relaciones supone el acercamiento y coordinación de sus estructuras normativas, también se ha llegado a postular una moderna disciplina —para muchos, independiente del Derecho Internacional Público tradicional— como es el Derecho de la Integración.

La integración europea

8. Difícil resulta hablar de integración y de sus implicancias constitucionales sin hacer referencia a la experiencia europea. En efecto, es en la Europa de la segunda mitad de este siglo donde encontramos el más evolucionado ejemplo de integración económica y política. Nos referiremos a la evolución que los estados europeos iniciaron a partir de 1951 [6] con el objeto inmediato de acercar sus economías —al menos, en determinados rubros o áreas de sus mercados—, con el propósito de más largo aliento de llegar a una convergencia política. Como se sabe, la "doctrina Monnet" representó, en su época, la vía más realista para contribuir a la reconstrucción y a la futura unificación de una Europa herida tras las dos grandes guerras; esto es, con la idea de "lograr determinadas acciones comunes en materia económica con la vista puesta en la futura unidad política".[7]

Evitando referirnos al largo trayecto que separa los antiguos tratados de París y de Roma de los recientes acuerdos de Maastricht (1992) y Ámsterdam (1997) y limitándonos a observar el estado actual de la realidad europea, nos parece importante llamar la atención sobre dos características fundamentales de este proceso integrador. En primer lugar, se trata de un proceso cuyo curso, en sí mismo, constituye un fenómeno constitucional. En segundo lugar, es una realidad que formula diversas interpelaciones a los códigos políticos de los Estados miembros de la Unión. En este sentido, la integración plantea, ciertamente, un problema constitucional.

La integración europea como fenómeno constitucional

Si se tiene en cuenta que la Comunidad Europea[8] ejerce competencias que, desde todo punto de vista, constituyen atribuciones soberanas y que dentro de ellas actúa también el individuo como ciudadano sujeto de libertades,[9] resulta innegable que,

---

[6] Proceso que se inicia el 18-VI-1951, en París, con el Tratado constitutivo de la Comunidad Económica del Carbón y el Acero (CECA), al cual suceden los tratados fundacionales de la Comunidad Económica Europea (CEE, Roma, 25-III-1957) y de la Comunidad Europea de la Energía Atómica (CEEA, también llamada Euroatom, Roma, 25-III-1957).

[7] Francisco Carreras: "Análisis del Proyecto de Constitución Europea", en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid*, nº 18 (1994), p. 4.

[8] A partir del Tratado de Maastricht, la Comunidad Económica Europea (CEE) pasó a llamarse simplemente Comunidad Europea (CE).

[9] El ciudadano de cada uno de los quince Estados miembros de la Unión, es, además, ciudadano de la Unión Europea. Cf. artículos 17 y ss. del tratado de la Comunidad Europea. A los derechos de tipo

desde el punto de vista material, nos encontramos ante un fenómeno o situación de naturaleza constitucional con elementos propios y distintos de los que configuran la de cada uno de los Estados miembros. De una parte están presentes el poder y la libertad; de la otra, una serie de instrumentos que tienden a coordinar el primero con la segunda.[10]

Con todo, no se trata de una realidad constitucional consolidada, en el sentido que todavía falta un instrumento que, al modo de las modernas constituciones, sirva para ordenar el ejercicio de este poder y proteger el contenido de aquellas libertades. Éste es un aspecto pendiente que se ha tratado de solucionar a través de la formulación de diversos proyectos de "Constitución europea".[11]

Explicando la necesidad de un instrumento de esta naturaleza —que debería canalizarse, por la peculiar conformación de la Comunidad, a través de un tratado adicional— el profesor Eduardo García de Enterria escribe:

> ¿Por qué una Constitución? La respuesta es muy simple: Una Constitución es una necesidad por una primera razón fácilmente comprensible: porque sólo ella es capaz de dotar de simplicidad y transparencia al sistema institucional europeo, simplicidad y transparencia que hoy no existen en absoluto. Hay que decir que hoy estamos ante una opacidad manifiesta del sistema institucional europeo ante la opinión pública. Los ciudadanos no entienden el complejo mundo institucional existente, reajustado y complicado aún más por el tratado de Maastricht […] Hay que decir que esa opacidad, esa oscuridad, esa incomprensibilidad que el sistema actual europeo presenta frente a los ciudadanos, es una objeción no meramente estética; por el contrario, se trata de una objeción política central al sistema. Tales condiciones en un sistema político llevan a éste a una deslegitimación democrática pura y simple. Si los ciudadanos no comprenden, no hacen suyas las decisiones europeas, no se sienten implicados en ellas, la democracia quiebra en su resorte principal.[12]

---

político que conceden estas normas, hay que agregar las libertades económicas que el mismo instrumento se encarga de reconocer (libre circulación de servicios, derecho de establecimiento, etc.). Cf. Artemi Rallo, "Los derechos de los ciudadanos europeos", en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid*, nº 18 (1994), pp. 251 y ss.

[10] Para algunos autores, el órgano encargado de velar por la interpretación de los documentos internacionales constitutivos de la Comunidad y de la Unión tendría las características propias de un Tribunal Constitucional.

[11] Cf. de F. Carreras, op. cit., pássim; José Fernández, "El derecho comunitario en la integración económica y política de Iberoamérica. La experiencia europea", en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nº 88 (1997), pp. 93 y ss.; L. Diez-Picazo, "¿Una Constitución sin declaración de derechos"?, en *Revista Española de Derecho Constitucional* 32 (1991). pp. 135 y ss.: GRANADO, I.: "La Constitución europea como problema jurídico", en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid*, nº 18 (1994), pp. 147 y ss.; A. Ruiz, "Una nota sobre el 'iter legis' en el Proyecto de Constitución de la Unión Europea", ibídem, pp. 171 y ss.; y E. Virgala, "Una propuesta de forma semiparlamentaria para la Unión Europea", ibídem, pp. 185 y ss.

[12] E. García de Enterria, "El proyecto de Constitución Europea", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 45 (1995), pp. 16-17.

La integración europea como problema constitucional

La integración de esta nueva Europa, desde el ámbito meramente económico de los tratados primitivos a los más ambiciosos proyectos políticos de la década que termina, plantea también desafíos muy agudos al constitucionalismo —de raigambre a su vez tan diversa— de los Estados miembros de la Unión. En este sentido, la integración es un problema para el Estado o, al menos, para la concepción clásica del Estado autárquico.

Si bien las constituciones de posguerra tendieron a abrirse hacia el orden internacional,[13] ha sido necesario poner al día las constituciones escritas frente a las exigencias que plantea el nuevo orden europeo.[14] Este *aggiornamento* constitucional, se ha considerado necesario para dotar a la realidad comunitaria de un suficiente soporte externo. Explicando la necesidad de esta sustentación constitucional —y también la poca atención que se le ha prestado— el profesor Francisco Rubio Llorente señala:

> La necesidad de dotar de una base constitucional adecuada a tales cambios [los propios de la integración] es naturalmente inexcusable para el Estado, cuya propia legitimidad quedaría en entredicho si se llevaran a cabo en contra de la Constitución, o al margen de ella. Pero es también imprescindible para la propia Comunidad, que no tiene más poderes que el derivado de los Estados, que carece de órganos administrativos propios y cuyo derecho sólo existe realmente en la medida en que los jueces nacionales, cuyas decisiones no pueden ser revisadas por el Tribunal de Justicia de la Comunidad, impongan su observancia […] Pese a su carácter indispensable, esta fundamentación constitucional de la integración es todavía hoy sumamente deficiente, aunque se preste a esa deficiencia muy escasa atención. En su obra admirable de construcción del Derecho Europeo, el Tribunal de Justicia se ha limitado a ignorarla y los teóricos de ese derecho suelen desdeñarla y hasta es frecuente que condenen, como expresión de un nacionalismo 'antieuropeo', las cavilaciones de quienes muestran preocupación por su existencia.[15]

Sustentación constitucional de la integración europea

9. Buena parte de las Constituciones de los Estados miembros de la Unión dedica algún párrafo a justificar la transferencia de poderes soberanos hacia el órgano

---

[13] Ellas reconocieron el carácter de fuente vinculante a los principios del Derecho Internacional. Así la Ley Fundamental de Bonn de 1949, cuyo artículo 25 señala: "Las reglas generales del Derecho Internacional constituyen parte integrante del ordenamiento jurídico federal, tendrán prioridad sobre las leyes y crearán derechos y deberes directos para los habitantes del territorio federal". Otro ejemplo lo constituye la Carta italiana de 1948, cuyo artículo 10 inciso 1º establece que "el ordenamiento jurídico italiano se ajustará a las normas del Derecho Internacional generalmente reconocidas". Cosa similar sucede con las Constituciones de Austria, Grecia, Irlanda y Portugal.

[14] Así, buena parte de las Constituciones de los países de la Unión debieron reformarse el año 1992 en ocasión de las modificaciones introducidas por el documento de Maastricht a los tratados comunitarios originarios.

[15] F. Rubio, "Estudio preliminar", en *Constituciones de los Estados de la Unión Europea*, Alianza, Madrid, 1997, p. XVIII.

supranacional. Esto resulta muy comprensible si se tiene en cuenta que en dicha instancia se ejercerán competencias políticas, normativas y jurisdiccionales que, originalmente, formaron parte del acervo exclusivo del Estado moderno.

Siguiendo la línea de una investigación reciente,[16] los principales tópicos que abordan las Constituciones europeas en materia de integración pueden ordenarse de la siguiente manera:

9.1. La autorización para que un Estado convenga con otros ciertas limitaciones de soberanía. Algunas Cartas constitucionales contemplan expresamente la posibilidad de que el Estado consienta en limitar su soberanía dentro de un contexto internacional. Es el caso del Estatuto constitucional francés de 1946[17] y de la Carta griega (artículo 28.3).

9.2. La autorización expresa para transferir competencias soberanas a una organización internacional. Ella está en la Ley Fundamental de Bonn (artículo 23), y en las Constituciones de Austria (artículo 9), Bélgica (artículo 34), Dinamarca (artículo 20) España (artículo 93), Francia (artículo 88.1), Grecia (artículo 28.2), Luxemburgo (artículo 49 bis), Holanda (artículo 92) y Suecia (capítulo X, artículo 5). Por último, la Constitución finlandesa, aunque no habla precisamente de integración o cesión de competencias, permite la estipulación de tratados que afecten la potestad legislativa.

9.3. La imposición de ciertos límites sustanciales a la integración, entendida ésta como una cesión de competencias estatales. Aquí llaman la atención las Constituciones de Grecia,[18] Alemania,[19] y Suecia,[20] particularmente tributarias —estas dos últimas— de la evolución jurisprudencial europea en materia de Derecho Comunitario.

---

[16] Manuel Núñez Poblete, *Integración y Constitución. Problemas para la Justicia Constitucional Europea y Sudamericana*, II Universidad de Roma-Consiglio Nazionale delle Ricerche, 1998, inédito.

[17] El párrafo 15º del Preámbulo de la Constitución francesa de 1946 establece que "a condición de reciprocidad, Francia consentirá en las limitaciones de soberanía necesarias para la organización y la defensa de la paz". La distinción entre limitaciones y transferencias de soberanía ha llenado uno de los capítulos importantes de la jurisprudencia francesa en materia de integración.

[18] La que, respecto de transferencia de competencias constitucionales a órganos internacionales enuncia como propósito "el fin de atender a un interés nacional importante y promover la colaboración con otros Estados" (artículo 28.2). En materia de limitaciones del ejercicio de la soberanía exige que ellas vengan impuestas "por algún interés nacional importante, no lesionen los derechos del hombre ni los fundamentos del régimen democrático y se efectúen sobre la base del principio de legalidad y a condición de reciprocidad" (artículo 28.3).

[19] Artículos 23 y 24 de la Constitución federal.

[20] Cuyo "Instrumento de Gobierno" en su capítulo X, artículo 5, establece: "Podrá el Parlamento transferir la potestad decisoria a las Comunidades Europeas siempre que éstas aseguren una protección de derechos y libertades equivalentes a las que ofrecen el presente instrumento de Gobierno y el Convenio Europeo de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales".

9.4. La revisión constitucional, como requisito previo de aprobación de aquellos tratados que alteran el orden constitucional. Una figura de este género se da, con diversos matices, en Francia y en España, cuyas Constituciones establecen expresamente la posibilidad —siempre facultativa— de requerir a las respectivas jurisdicciones constitucionales una declaración acerca de la compatibilidad de un tratado con la Carta Fundamental. En caso de incompatibilidad, ambas Constituciones disponen la imposibilidad de adherir al tratado sin reformar previamente la Constitución.[21]

9.5. Establecimiento de criterios categóricos para la solución de conflictos internormativos. Esta aplicación de criterios de solución para los potenciales conflictos de esta especie se da a través de diversas fórmulas, como el reconocimiento de mayor jerarquía a los tratados internacionales en relación con la legislación interna —es el caso de Francia[22] y de Grecia[23]— o bien la declaración de la supremacía del Derecho Comunitario derivado sobre la legislación interna. La Constitución holandesa —además de hacer prevalecer los tratados internacionales sobre la legislación interna— beneficia también, con su aplicación preferente, las "decisiones de organismos de derecho internacional que obliguen directamente a todos".[24] Otra solución se da en la Ley Fundamental del Reino de los Países Bajos, que admite expresamente la posibilidad que un tratado internacional altere (o permita que se altere) el ordenamiento constitucional. En similar sentido, la Carta de Irlanda dispone perentoriamente que "ningún precepto de la presente Constitución podrá invalidar las leyes que promulgue, los actos que ejecute ni las medidas que adopte el Estado por exigirlo así sus obligaciones como miembro de la Unión Europea o por las Comunidades o por órga-

---

[21] La Carta francesa de 1958, en su artículo 54, dispone: "Si el Consejo Constitucional, a requerimiento del Presidente de la República, del Primer Ministro, del Presidente de una u otra Cámara o de sesenta diputados o sesenta senadores, declara que un compromiso internacional contiene una cláusula contraria a la Constitución, no podrá otorgarse la autorización para ratificarlo o aprobarlo sino después de ser reformada la Carta". Por su parte, la Constitución española de 1978 declara en su artículo 95: "1. La celebración de un tratado internacional que contenga estipulaciones contrarias a la Constitución exigirá la previa revisión constitucional. 2. El Gobierno o cualquiera de las Cámaras puede requerir al Tribunal Constitucional para que declare si existe o no esta contradicción". Esta última norma fue utilizada, precisamente, para la adhesión al Tratado de Maastricht, ocasión en la cual el Gobierno español formuló la respectiva consulta (limitada al nuevo artículo 8B) al Tribunal Constitucional. Esta consulta fue absuelta mediante la Declaración de 1º de julio de 1992 (en *Boletín Oficial del Estado* 177, 24 de julio de 1992).

[22] Artículo 55, el cual reza: "Los tratados o acuerdos debidamente ratificados o aprobados, tendrán, desde el momento de su publicación, rango superior al de las leyes, si bien a reserva, para cada acuerdo o tratado, de su aplicación por la otra parte".

[23] Artículo 28: "1. Forman parte integrante del derecho helénico interno y tendrán un valor superior a toda disposición en contrario de la ley las reglas del derecho internacional, así como los tratados internacionales, una vez ratificados y entrados en vigor con arreglo a las disposiciones de cada uno".

[24] Cf. su artículo 94. Utilizamos el término *aplicación*, para ser respetuosos con el texto de la Carta, puesto que ella no habla de nulidad ni otro efecto ablatorio, sólo dice: "no serán aplicables".

nos de éstas o por entidades competentes en virtud de los tratados de creación de las comunidades".[25] Por último, es interesante la Constitución de España en lo que concierne a la intangibilidad de los tratados. Ella declara que las disposiciones de los tratados internacionales válidamente celebrados "sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo a las normas generales del Derecho Internacional".[26]

9.6. También se acude a la protección constitucional de la eficacia directa de las normas comunitarias, especialmente de las derivadas. Es el caso de Holanda,[27] Portugal [28] e Irlanda.[29]

9.7. Por último, se abren niveles distintos del gubernativo en el proceso de integración.

En el nivel parlamentario, Alemania ha previsto la participación del Bundestag y de los *Länder*, a través del Bundesrat, en los asuntos de la Unión Europea. La Constitución austríaca, por su parte, también dispone la participación de la Cámara Baja o Nationalrat en el nombramiento de ciertas autoridades comunitarias. Algo similar aparece en le Carta belga y en la Ley Orgánica del Parlamento de Finlandia.[30] En el nivel de entidades estatales o regionales ocurre lo mismo en dos repúblicas federales: Alemania[31] y Austria.[32] En otros casos resulta incluso posible la participación de ciertas entidades nacionales dentro de los órganos de la UE. Es la situación, nuevamente, de las Constituciones de Alemania[33] y Austria.[34]

Para poder apreciar la toma de conciencia que se ha ido gestando en Europa sobre el valor de la integración, quisiéramos recordar una sentencia relativamente

---

[25] Artículo 29, regla 5.a.

[26] Artículo 96.1.

[27] Cf. artículo 93: "Las estipulaciones de tratados y de decisiones de organizaciones de derecho internacional que en virtud de su contenido obliguen directamente a los individuos, no tendrán fuerza vinculante hasta que hayan sido publicadas".

[28] Artículo 8.3: "Regirán directamente en el ámbito interno las normas emanadas por los órganos competentes de las organizaciones internacionales de las que forme parte Portugal, con tal que así esté establecido en los respectivos tratados constitutivos".

[29] Artículo 29, regla 5.a.

[30] Artículos 54.a y ss.

[31] Artículos 23.2 y 23.4.

[32] Artículo 23.d.

[33] Artículo 23.6: "Cuando en un punto esencial resulten afectadas competencias legislativas exclusivas de los Estados, la Federación deberá encomendar a un representante de los Estados, designado".

[34] Artículo 23.d. "3. Cuando una propuesta iniciada en el marco de la Unión Europea afecte también a materias en las cuales la legislación competa a los Estados, podrá el Gobierno Federal transferir la participación en la formación de la voluntad del Consejo de Ministros de la Unión Europea a un representante nombrado por los propios Estados. El ejercicio de esta facultad se hará con la participación del miembro competente del Gobierno Federal y de acuerdo con éste […]".

reciente de la Corte Costituzionale italiana.[35] En ella, la Corte se ha considerado competente para conocer y declarar, en vía principal, la inconstitucionalidad de las leyes regionales impugnadas por el Gobierno por violar alguna disposición comunitaria directamente aplicable. Cabe reflexionar sobre cuán cerca se encuentra esta sentencia de convertir el Derecho Supranacional en parámetro válido de constitucionalidad del Derecho Interno.

10. Con todo, la breve incursión que acabamos de hacer en las interpelaciones que la integración europea ha venido dirigiendo al Derecho Constitucional de los países que componen la UE no debería inducirnos al equívoco de creer que lo sustancial de ese proceso sea su talante jurídico.

Sobre el cimiento irrefutable de la unidad de la cultura europea —no obstante la diversidad de sus lenguas, historias, creencias, tradiciones y costumbres— la UE ha construido una comunidad de intereses, de relaciones y de destino.

La voluntad creciente de los pueblos de la UE de europeizarse se funda, pues, en una cultura integracionista y se alimenta de la conveniencia, del orgullo y hasta de la inevitabilidad de ser europeo.

Esta voluntad de integración es la que ha generado un Gobierno de la UE radicado en el Consejo de Europa y la Comisión, un Parlamento Europeo, un Estatuto de la Unión,[36] una normativa comunitaria, tribunales con jurisdicción supranacional como la Corte de Justicia y el Tribunal de Cuentas, una moneda común europea y las que —hasta ahora— son aspiraciones sentidas de una federación, una Constitución y una bandera de la UE.

La integración económica en Iberoamérica

11. Preciso es advertir que no existe una cultura integracionista iberoamericana y que —como alguien dijo—, en contraste con los Estados Unidos de Norte América, al sur del río Grande se encuentran *los estados desunidos de la América morena*.

A pesar de que los países hispanoamericanos vivieron hasta el siglo XIX la experiencia de ser conquistados, administrados y gobernados en su conjunto por la monarquía española, el proceso de emancipación les hizo perder el elemento más importante de su vida independiente: sus lazos de unidad. Y así, a diferencia de las colonias norteamericanas, que se unificaron para conquistar su autonomía y en cuya unidad reside la clave de su poder, y a diferencia del Brasil que supo mantenerse unido, los países hispanoamericanos padecieron un largo y extenuante proceso de emancipación

---

[35] Sentencia nº 384/94, en *Gazzetta Ufficiale* 47, 1994.

[36] El Tratado constitutivo de la CEE, celebrado en Roma el 25-III-1957 con la concurrencia de seis países, se modifica por el Tratado de Maastricht del 7-II-1992 que crea la UE con doce estados europeos que, posteriormente, alcanzan a quince.

individual, al término del cual fueron víctimas del caudillismo, de guerras de dominación, de problemas de límites y de desequilibrios culturales y económicos que los disgregaron en diecinueve estados diferentes.

En ese clima de dispersión, de recelo y de resentimiento, alimentado por la política divisionista del gran vecino del Norte, no ha podido germinar, hasta ahora, una cultura integracionista.

No obstante, en algunas áreas de la región y por claras ventajas de índole económica, se han generado experiencias integracionistas como el Mercado Común Centroamericano, la Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI),[37] el Pacto Andino[38] y el Mercado Común del Sur o Mercosur,[39] al cual, por su carácter paradigmático en la materia que venimos analizando, pasamos a referirnos sucintamente.

El Mercosur

La normativa del Mercosur no encuadra en la idea que en Europa se tiene del Derecho Comunitario.[40] No es éste el lugar para profundizar en el tema; pero cabe recordar que la característica esencial de los reglamentos europeos radica en su directa aplicabilidad en el territorio de los Estados de la Comunidad.[41] No sucede lo mismo, en cambio, con la normativa emanada del Mercosur, que requiere siempre la interposición de la norma nacional para alcanzar la obligatoriedad. Si se analiza el capítulo IV del Protocolo de Ouro Preto —que regula la "Aplicación Interna de las Normas emanadas de los Órganos del Mercosur"— salta a la vista su diferencia con las fuentes jurídicas de la Comunidad Europea. Así su artículo 40 prescribe:

> Con la finalidad de garantizar la vigencia simultánea en los Estados Partes de la normas emanadas de los órganos del Mercosur previstos en el Artículo 2º de este Protocolo, deberá seguirse el siguiente procedimiento:
>
> i) Una vez aprobada la norma, los Estados Partes adoptarán las medidas necesarias para su incorporación al ordenamiento jurídico nacional y comunicarán las mismas a la Secretaría Administrativa del Mercosur;

---

[37] La ALADI, establecida por el Tratado de Montevideo de 1980, sustituyó, a la Asociación Latinoamericana de Libre Comercio (ALALC), instituida por el Tratado de Montevideo de 1960, el que fue suscrito por los gobiernos de 11 países iberoamericanos.

[38] Este Pacto fue creado mediante el Acuerdo de Cartagena de 1969, originalmente suscrito por Bolivia, Colombia, Chile (se retiró en 1973), Ecuador y Perú. Venezuela se adhirió en 1973.

[39] El Mercosur es fruto del Tratado de Asunción y fue suscrito por los presidentes de Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay el 26 de marzo de 1991.

[40] Cf. A. Mangas, "Unión Europea y Mercosur: marco institucional y jurídico", en *Rivista Roma e America*, nº 4 (1997), p. 11.

[41] El antiguo artículo 189 del tratado de la Comunidad Económica Europea, hoy artículo 249, establece en su inciso segundo: "El reglamento tendrá un alcance general. Será obligatorio en todos sus elementos y directamente aplicable en cada Estado miembro".

> ii) Cuando todos los Estados partes hubieren informado la incorporación a sus respectivos ordenamientos jurídicos, la Secretaría Administrativa del Mercosur comunicará este hecho a cada Estado Parte;
>
> iii) Las normas entrarán en vigor simultáneamente en los Estados Partes treinta días después de la fecha de comunicación efectuada por la Secretaría Administrativa del Mercosur, en los términos del literal anterior. Con ese objetivo, los Estados Partes, dentro del plazo mencionado, darán publicidad del inicio de la vigencia de las referidas normas, por intermedio de sus respectivos diarios oficiales.

De manera similar, el capítulo V se refiere a las fuentes jurídicas del Mercosur, del siguiente modo:

> Artículo 41.- Las Fuentes jurídicas del Mercosur son:
>
> I. El Tratado de Asunción, sus protocolos y los instrumentos adicionales o complementarios.
>
> II. Los acuerdos celebrados en el marco del Tratado de Asunción y sus protocolos
>
> III. Las decisiones del Consejo del Mercado Común, las Resoluciones del Grupo del Mercado Común y las directivas de la Comisión de Comercio del Mercosur, adoptadas desde la entrada en vigor del Tratado de Asunción.
>
> Artículo 42.- Las normas emanadas de los órganos del Mercosur previstos en el artículo 2º de este Protocolo tendrán carácter obligatorio y, cuando sea necesario, *deberán ser incorporadas a los ordenamientos jurídicos nacionales* mediante los procedimientos previstos por la legislación de cada país.

Podría pensarse entonces que, a diferencia de lo que sucede en el viejo continente, el Mercosur no plantea ningún desafío a las Constituciones de los Estados que forman parte de él, y, menos aún, a las de aquellos países que sólo se relacionan con él por la vía de acuerdos de libre comercio, como es el caso de Chile. Sin embargo, no parece que sea así:

En primer lugar, porque la dinámica de cualquier proceso de integración apunta a la gestión común de ciertos intereses económicos. Desde la perspectiva constitucional, evidentemente, esto choca con las atribuciones políticas o gubernativas de los Estados, que deben prescindir de su autonomía para poder actuar en conjunto. Por otra parte, siempre desde el punto de vista político, estos procesos tienden a perfeccionarse y a reclamar la gestión común de aspectos muy sensibles de las economías nacionales. La imposición de aranceles comunes o la convergencia a una moneda única son tareas que caen de lleno en la órbita constitucional de cada uno de los países involucrados. Por colocar dos ejemplos: la política monetaria o está radicada en el Gobierno o en los Bancos Centrales. Y la tributaria debe contar siempre con la aprobación de los Parlamentos.

Desde el punto de vista normativo, las cosas tampoco son diversas. No es difícil pensar en la utilidad de normas *comunes* que se apliquen *uniformemente* en el territorio de cada uno de los Estados. Aunque estoy plenamente de acuerdo en que la estructura institucional y normativa del Mercosur es deliberadamente intergubernamental, no estoy seguro de que el día de mañana deba seguir siendo así. El Mercosur es una realidad dinámica, y los poderes constituyentes nacionales deberían ser conscientes de ello, lo que significa habilitar las respectivas Constituciones para el cambio, a fin

de superar —algún día— la fuerte tendencia dualista que, frente al Derecho Internacional, predomina en este continente.[42]

En tercer lugar, y ahora desde la perspectiva jurisdiccional, la creación de un Tribunal permanente o la sola sujeción de un Estado a la jurisdicción exclusiva y excluyente de un Tribunal transnacional también debería tener soporte constitucional. Hay que tener en cuenta que esa exclusividad puede entrar en conflicto con la potestad jurisdiccional de los tribunales nacionales.

La cuestión consiste, entonces, en discernir cuán preparadas se encuentran nuestras Constituciones para ello.

Soportes constitucionales de la integración en Iberoamérica

13. Si uno echa un vistazo a las Constituciones de nuestro continente, puede apreciar la incipiente tendencia del constitucionalismo latinoamericano por brindar un espacio al fenómeno de la integración. Del universo de estas Cartas Fundamentales merecen destacarse la argentina y la colombiana, Constituciones que, en sus respectivos contextos de integración —Mercosur y Comunidad Andina, respectivamente— ocupan, sin lugar a dudas, un lugar preeminente.[43]

13.1. La Constitución de la Nación Argentina, uno de los códigos políticos más antiguos del continente, fue objeto, en fecha reciente, de trascendentales reformas que modernizaron numerosas instituciones abriendo —de paso— las puertas al Derecho Internacional y a la regionalización.[44] Dice su artículo 75 lo que sigue:

> Artículo 75.- Corresponde al Congreso:
> […]
> 22. Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes.
> La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre

---

[42] Cf. Alberto Antonio Spota: *El Derecho de la Integración en los Estados partes del Mercosur*, Buenos Aires, 1998.

[43] Esto no quiere decir que ellas sean las únicas que se abren a la integración. Ella se proyecta en el artículo 4º de la Carta de Brasil de 1988 (parágrafo único); en el artículo 6º de la Constitución uruguaya; en el artículo 145 de la Constitución de Paraguay; y en el artículo 44, inciso 2º, de la Carta de 1993 del Perú, entre otras.

[44] La Carta argentina data del 25-V-1853, incorporándose Buenos Aires en 1859. En 1993 se alcanzó el Acuerdo de Olivos entre las dos principales fuerzas políticas, que dio origen a la Ley declarativa para la reforma nº 24.309. El texto definitivo se publicó en el *Boletín Oficial de la R. A.* del 23-VIII-1994.

> la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara.
>
> Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de jerarquía constitucional.

El numerando subsiguiente agrega la atribución que sigue:

> 24. Aprobar tratados de integración que deleguen competencias y jurisdicción a organizaciones supraestatales en condiciones de reciprocidad e igualdad, y que respeten el orden democrático y los derechos humanos. Las normas dictadas en su consecuencia tienen jerarquía superior a las leyes.
>
> La aprobación de estos tratados con Estados de Latinoamérica requerirá la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara. En el caso de tratados con otros Estados, el Congreso de la Nación con la mayoría absoluta de los miembros presentes de cada Cámara, declarará la conveniencia de la aprobación del tratado y sólo podrá ser aprobado con el voto de la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara, después de ciento veinte días del acto declarativo.
>
> La denuncia de los tratados referidos a este inciso, exigirá la previa aprobación de la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara.

De las disposiciones transcritas pueden colegirse cinco situaciones distintas y sus eventuales variables, a saber:

A. En general, los tratados internacionales tienen jerarquía superior a las leyes (artículo 75, nº 22, inciso 1º, parte final).

B. Ciertas declaraciones, convenciones y pactos internacionales ya consagrados sobre derechos humanos vigentes, que se especifican, "tienen jerarquía constitucional", no se oponen a la Constitución y la complementan (artículo 75, nº 22, inciso 2º).

C. Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos pueden quedar en una de estas dos situaciones:

a. si son aprobados por el Congreso y, además, por las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara, adquieren "jerarquía constitucional" (artículo 75, nº 22, inciso 3º). Conviene advertir que este quórum especial es el mismo que la Constitución exige al Congreso para declarar la reforma de la Constitución (artículo 30);
b. si no alcanzan este quórum de dos tercios de la totalidad de los miembros de cada cámara, sólo adquieren "jerarquía superior a la ley" (artículo 75, nº 22, inciso 1º).

D. Tratados de integración que deleguen competencias y jurisdicción a organizaciones supraestatales en condiciones de reciprocidad e igualdad y que respeten el orden democrático y los derechos humanos. Hay que distinguir:

a. si estos tratados se celebran con Estados de Latinoamérica, el quórum es la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada cámara (artículo 75, nº 24, inciso 2º);
b. si se celebran con otros Estados, se requieren dos trámites aprobatorios y un lapso no inferior a 120 días entre el acto declarativo y la aprobación del tratado (artículo 75, nº 24, inciso 2º, final).

E. Por último, las normas emanadas de estas organizaciones supraestatales también tienen "jerarquía superior a las leyes" (artículo 75, nº 24, inciso 1º).

13.2. La reciente Constitución Política de Colombia,[45] por su parte, en su artículo 150 prescribe lo siguiente:

> Artículo 150. Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por intermedio de ellas ejerce las siguientes funciones:
> 16. Aprobar o improbar los tratados que el Gobierno celebre con otros Estados o entidades de derecho internacional. *Por medio de dichos tratados podrá el Estado,* sobre bases de equidad, reciprocidad y conveniencia nacional, *transferir parcialmente determinadas atribuciones a organismos internacionales, que tengan por objeto promover o consolidar la integración económica con otros Estados*.

La misma Constitución colombiana, en sus artículos 226 y 227, agrega:

> Artículo 226. El Estado promoverá la internacionalización de las relaciones políticas, económicas, sociales y ecológicas sobre bases de equidad, reciprocidad y conveniencia nacional.
> Artículo 227. El Estado promoverá la integración económica, social y política con las demás naciones y especialmente, con los países de América Latina y del Caribe mediante la celebración de tratados que sobre bases de equidad, igualdad y reciprocidad, creen organismos supranacionales, inclusive para conformar una comunidad latinoamericana de naciones. La ley podrá establecer elecciones directas para la constitución del Parlamento Andino y del Parlamento latinoamericano.

Las dos Cartas Políticas mencionadas tienen el mérito de romper la clausura que el Derecho Público tradicional de nuestros pueblos ha mantenido frente a la penetración del Derecho Internacional y a las transferencias de soberanía que la integración política y económica supone y exige.

III. Un Derecho Constitucional para la integración latinoamericana

14. Hace ya tres décadas, el juspublicista venezolano Allan Brewer-Carías enumeraba tres requisitos fundamentales a los que debía responder cualquier sistema constitucional abierto a la integración. Estos eran: a) la creación de órganos comuni-

---

[45] La nueva Constitución colombiana es el fruto de arduas negociaciones entre las fuerzas políticas tradicionales y los grupos guerrilleros, quienes, después de las elecciones constituyentes del 9-XII-1990, concordaron en el nuevo Texto promulgado en la Gaceta Constitucional nº 114 de 7-VIII-1991.

tarios supranacionales; b) la jerarquía del Derecho Comunitario; y c) su control de constitucionalidad.[46]

A pesar del tiempo transcurrido, en sus aspectos básicos, es ésta una lectura que permanece vigente. Los problemas ahí enumerados siguen siendo más o menos los mismos y es a ellos a los que debe dar respuesta —ahora con urgencia— cada sistema constitucional iberoamericano.

Lo anterior constituye un desafío de enorme envergadura, puesto que supone renunciar a la exclusividad sobre una parte importante —que cada día es menor— de la soberanía de cada Estado, previo discernimiento de aquel núcleo irrenunciable de los valores nacionales. Todo esto se inserta en un contexto global en que los Estados se acercan cada vez más, uniformando ciertos tópicos de interés común y conformando un moderno paradigma constitucional: el Estado abierto hacia el orden internacional. Ése es el gran desafío de nuestro constitucionalismo finisecular: modelar nuestros sistemas jurídico-políticos no sólo para abrirse hacia el exterior, sino también para integrarse en una comunidad iberoamericana.

15. Alguna vez dijo Ortega y Gasset, con acento profético: "España es el problema, Europa la solución". Para nuestros países iberoamericanos el aislamiento ha sido nuestro constante problema, e integrarnos sigue siendo la única solución.

Hemos desperdiciado demasiado tiempo en nuestras rencillas aldeanas. Buena parte de nuestros presupuestos la malgastamos en vigilar nuestras fronteras, en comprar sofisticados armamentos "disuasivos" a precios siderales, mientras nuestros pueblos sobreviven en el subdesarrollo; vendemos a precio vil nuestras materias primas y compramos a precio de oro la tecnología que no hemos sido capaces de crear, no por falta de talento, sino por la falta de una ecuación inteligente entre nuestras verdaderas necesidades y nuestros escasos recursos.

Los países europeos han sufrido, sólo en los últimos cien años, dos cruentas guerras entre ellos; han padecido invasiones, el hambre, el frío, el miedo, la tortura y la muerte. Y, sin embargo, superando todos sus rencores recíprocos, derribando la torre de Babel de sus idiomas, olvidando sus guerras religiosas y sus diferencias de sangre, de origen y de historia, caminan a pasos agigantados en pos del sueño de tantos visionarios como Ortega, como Churchill, como Schuman, como Monnet, como De Gaulle o como Adenauer: los Estados Unidos de Europa.

En cambio, los países iberoamericanos —en lugar de rendir culto a la inspiración unificadora de Francisco de Miranda, de Simón Bolívar, de Bernardo O'Higgins, de José de San Martín, de Artigas y de tantos otros próceres de nuestra emancipación— envenenamos la educación de nuestros niños exacerbando episodios que algu-

---

[46] A. Brewer-Carías, *Los problemas constitucionales de la integración económica latinoamericana*, Banco Central de Venezuela, Caracas, 1968.

na vez nos dividieron con nuestros vecinos, pero que hoy deberían hallarse sepultados. Sabemos más acerca de lo que ocurre en el hemisferio Norte que lo que sucede al otro lado de nuestras fronteras. En lugar de conocernos cada día más, nos entendemos cada día menos. Las empresas editoriales tienen que publicar mapas distintos para algunos de nuestros países, porque ni siquiera en eso estamos de acuerdo. Vivimos al estilo del hombre prehistórico, que carecía de la noción del tiempo y —precisamente por eso— no sabía proyectarse en la historia.

Nuestro origen iberoamericano nos permite comprendernos prácticamente en un mismo idioma; compartimos idénticos valores, tenemos una cultura común y diversidades que la enriquecen; nuestras creencias religiosas y nuestras convicciones morales tienen raíces similares; nuestra idiosincrasia es la más pareja de todos los continentes; tenemos inmensas riquezas de todo orden que compartir; podríamos —unidos— vivir libres del hambre, la ignorancia, el temor y la miseria. Y, sin embargo, coexistimos aislados y recelosos, enfermos de una ceguera crónica que nos impide apreciar todas esas ventajas comparativas y de una suerte de parálisis que nos inhabilita para treparnos al carro de la historia.

Si para los países europeos, el Mercado Común y la Unión Europea son opciones altamente convenientes, para los pueblos iberoamericanos la integración más completa que sea posible —quiero decir los Estados Unidos Iberoamericanos— son el requisito indispensable para nuestra supervivencia.

No frustremos por más tiempo los sueños premonitorios de nuestros próceres, ahora que necesitamos hacerlos realidad. Es doloroso pensar que Bolívar murió creyendo haber “arado en el mar”.

Es preciso unir el saber y el poder en la búsqueda de la integración. Las universidades, las personas más sabias de nuestros países y los poderes constituidos deberían abocarse a esta tarea urgente e ineludible. Sólo una América Latina unida será fuerte, tendrá gravitación internacional y —gracias a eso— será capaz de dignificar la vida de nuestros pueblos, algunos de los cuales hoy forman parte de la humanidad sumergida.

Y para ello, no basta con sentirlo así, aunque la conciencia de la necesidad de unificarnos sea el primer paso. Para ello hace falta, principalmente, lo que una vez Gabriela Mistral dio como definición de Chile: ¡la voluntad de ser!

Alejandro E. Álvarez (Francia) *

La internacionalización del Derecho Penal: el ejemplo del Mercosur **

Algunas diferencias menores no alcanzan para eclipsar el hecho de que la región latinoamericana es, en realidad, una misma nación desgarrada por fronteras arbitrarias entonces, artificiales hoy. En ese contexto, el Mercosur despierta una esperanza de integración regional puesto que se trata, hasta el momento, de la más seria experiencia reciente de este tipo. En efecto, el Tratado de Asunción (TA) de 1991 ha creado el Mercado Común del Sur (Mercosur en español, Mercosul en portugués —los dos idiomas oficiales—), que es, en realidad, una unión aduanera que pretende constituirse en un mercado común y, enunciado más recientemente, en un proceso de integración cultural, social y político.

El Mercosur ha sido creado por Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay —los cuatro países fundadores— a los cuales se han asociado Chile y Bolivia en 1996 y 1997 respectivamente. Este bloque económico representa, actualmente, la cuarta economía mundial [1] y la concreción de los acuerdos en materia de liberalización del intercambio comercial ha provocado un espectacular progreso del comercio intrazona (más de 500% en los seis primeros años). Estos datos son muy alentadores y señalan una vía posible de desarrollo económico para la subregión, todavía muy marcada por la enorme distancia entre los más ricos y los más pobres, y por las dificultades para consolidar y profundizar el Estado de Derecho.

Puesto que se trata de una experiencia más antigua, el cuadro institucional de la Unión Europea ha estado muy presente en aquellos que han redactado el TA y el Protocolo de Ouro Preto (POP) de 1994, instrumento, este último, que ha operado un

---

* Abogado (Universidad de Buenos Aires). Diplôme d´études approfondies en droit pénal et politique criminelle en Europe (Universidad París I Panthéon-Sorbonne) Director General de Programas del Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales (INECIP).

** Original en francés publicado en la *Revue de Sciences Criminelles et de Droit Pénal Comparé,* 1999-4 y versión castellana publicada en *Revista del ILANUD,* 2002. El presente texto ha sido actualizado y corregido.

[1] Luego del ALENA (Estados Unidos, Canadá y México), la Unión Europea y Japón. Fuente: Banco Mundial, 1998.

cambio importante en la estructura del Mercosur. Éste cuenta actualmente con un Consejo del Mercado Común (CMC), un Grupo del Mercado Común (GMC), una Comisión de Comercio (CC), una Comisión Parlamentaria Conjunta (CPC), un Foro Consultivo Económico y Social (FCES) y una Secretaría Administrativa (SAM).

El Consejo del Mercado Común es la autoridad política del Mercosur; está a cargo de la conducción política del proceso de integración y está compuesto por los ministros de relaciones exteriores y de economía de los países miembros (POP, artículos 3 y 4). La presidencia del CMC está a cargo de cada uno de los países por períodos rotativos de seis meses. El Grupo del Mercado Común es, en cambio, el órgano ejecutivo del Mercosur y está compuesto por cuatro miembros de cada país (POP, artículos 10 y 11). Los dos órganos están facultados para dictar normas en el marco de su competencia (decisiones el CMC, resoluciones el GMC), las cuales son obligatorias para los Estados partes. Es evidente, hasta aquí, que esta organización se asemeja a la de la Unión Europea.[2]

Sin embargo, las semejanzas desaparecen cuando se trata de la representación política de los ciudadanos y del control judicial de los actos comunitarios. En efecto, la Comisión Parlamentaria Conjunta no es más que una institución representativa *de los Parlamentos* de los Estados partes, encargada de asegurar la incorporación de las normas comunitarias al Derecho Interno (POP, artículos 22 y 25); y el Mercosur, cuenta a la fecha con un sistema de tribunal arbitral *ad hoc* cuya intervención está precedida por negociaciones políticas directas entre los Estados, cuyo procedimiento está previsto en el Protocolo de Brasilia de 1991 y su reglamento (Mercosur/CMC/DEC. 17/98). No obstante, el 18 de febrero de 2002 las Estados partes han adoptado el Protocolo de Olivos, que realiza importantes modificaciones al procedimiento de solución de controversias y que instituye un Tribunal Permanente de Revisión, haciéndose eco de la necesidad de dotar al sistema comunitario de un régimen jurídico previsible.

En síntesis, se puede afirmar que el Mercosur es una organización subregional de carácter intergubernamental (POP, artículo 2), lo que quiere decir que los países miembros no han querido crear una organización supragubernamental y han evitado la delegación de ciertos poderes considerados parte integrante de la soberanía nacional. De todas formas, el cuadro institucional del Mercosur se ha enriquecido con el POP respecto del TA, y las normas elaboradas por los órganos comunitarios se han acrecentado considerablemente en estos últimos años.

Más importante todavía, el carácter estrictamente económico inicial parece haber sido superado por una dimensión más política del proceso de integración. En efecto, el Protocolo de Ushuaia de 1998 establece que el régimen democrático es una condición indispensable para la participación de un Estado en el bloque económico

---

[2] Cf. Freeland López Lecube, *Manual de Derecho Comunitario*, Ábaco, Buenos Aires, 1996.

subregional, e incluso prevé sanciones que pueden llegar hasta la exclusión en caso de interrupción del sistema democrático en alguno de los Estados partes.

En esta complejidad creciente, las normas comunitarias comienzan a abordar aspectos penales o quasi-penales con el fin de asegurar los objetivos de la integración económica. En efecto, en la medida en que el Derecho Penal forma parte, cada vez más, de la regulación de la vida económica, se observa, en primer lugar, que la armonización de las legislaciones de los diferentes países y la cooperación entre los países miembros se presenta como una de las modalidades para establecer las mismas condiciones de tratamiento de los mismos fenómenos de no respeto a las normas; y, en segundo lugar, se observa que la aparición de nuevos comportamientos de carácter transfronterizo parece requerir una respuesta diferente de las previstas por los derechos nacionales, o que la simple armonización de las legislaciones no basta a los fines de una integración más completa.

No hay razón para sorprenderse de ello. En efecto, desde hace ya un tiempo se asiste a una creciente actividad de las organizaciones internacionales en materia de derechos humanos y en materia económica,[3] particularmente dirigida a la producción de normas, cuya capacidad de penetración en los sistemas jurídicos nacionales es sorprendente. Por esta razón se podría incluso adelantar que el monopolio que ostentaba el Estado en cuanto a la creación de normas —y a la coerción legítima— se encuentra, al menos *de facto*, sometido a la competencia de otros centros de producción normativa.[4]

En Europa, por ejemplo, donde el orden jurídico de la Unión Europea parece excluir el Derecho Penal de sus competencias, se observa que, sin perjuicio de ello, este fenómeno no le es extraño. En efecto, a pesar de que la —entonces— Comisión de las Comunidades Europeas haya asegurado que el Derecho Penal "es un campo que no entra como tal en la esfera de competencias de la comunidad sino que continúa de la incumbencia de cada uno de los Estados partes",[5] la jurisprudencia de la Corte de Justicia de la Comunidad Europea, posteriormente y en varias ocasiones, ha entendido que ciertas normas de los Derechos Penales nacionales eran contrarias al orden jurídico comunitario y que, por lo tanto, los Estados no podían aplicarlas (efecto de neutralización). Al final de esta cadena, la idea de un Derecho Penal propio de la Unión Europea parecería estar en condiciones de surgir, en especial con el proyecto de un *Corpus Juris* que contiene disposiciones penales y procesales penales para la protección de los intereses financieros de la Unión.[6]

---

[3] Mireille Delmas-Marty, *Trois défis pour un droit mondial*, Seuil, París, 1998.

[4] André-Jean Arnaud, "De la régulation par le droit à l'heure de la globalisation, quelques observations critiques", *Revue Droit et Société* n° 35, LGDJ, París, 1997.

[5] Comisión de las Comunidades Europeas, 8º informe de actividades, 1974.

[6] Mireille Delmas-Marty, "Union Européenne et droit pénal", *Cahiers de Droit Européen* n° 5/6, Bruselas, 1997.

Este proceso no es menos cierto respecto del Mercosur. Por principio, la producción de normas penales concierne exclusivamente a los Estados partes, y los órganos comunitarios no tienen ninguna competencia en esta materia. Ahora bien, la dinámica de la integración subregional aborda las cuestiones penales de dos maneras diferentes: por un lado, promoviendo el acercamiento de la legislación y de las prácticas bajo la forma de una armonización de las leyes y de la cooperación entre los países miembros y, por otro lado, unificando la definición de las infracciones penales y, a veces, creando órganos propios de aplicación de esta legislación comunitaria.

I. La integración de campos penales nacionales[7]

Con el objetivo de profundizar el proceso de integración, los Estados partes han comenzado a dotarse de nuevos instrumentos relativos a la materia penal, ya sea con el fin de *armonizar* sus legislaciones, incluso con el fin de adoptar nuevas respuestas penales a la criminalidad transnacional, o ya sea con el fin de mejorar la *cooperación* policial, aduanera y judicial.

1. La armonización de la legislación: los resultados parciales de una política desordenada

Desde el comienzo del proceso, como se ha dicho, el acercamiento de los sistemas jurídicos fue percibido como una necesidad de la integración. En efecto, la construcción de un mercado común exige condiciones iguales en todos los países miembros, dado que el Derecho es una de las variables para evaluar las conveniencias entre una u otra plaza financiera.[8] Por esta razón es que los Estados partes decidieron reconocer el objetivo de la armonización de la legislación como uno de los elementos indispensables de la construcción del Mercosur. El articulo 1 del TA establece que "Este Mercado Común implica: […] el compromiso de los Estados partes de armonizar sus legislaciones en las áreas pertinentes, para lograr el fortalecimiento del proceso de integración".

En 1994 los Estados partes decidieron avanzar hacia una consolidación institucional del Mercosur creando otros órganos, entre ellos, la Comisión Parlamentaria Conjunta, la cual "[…] coadyuvará en la armonización de legislaciones, tal como lo requiera el avance del proceso de integración" (POP, artículo 25).

---

[7] Se entiende por campo jurídico "la articulación de instituciones y prácticas a través de las cuales la ley es producida, interpretada e incorporada a las tomas de decisión en la sociedad". Y. Dezalay y D. Trubek, "A reestruturação global e o direito", en José E. Faria (org.), *Direito e globalização econômica*, Malheiros, San Pablo, 1996. Véase también W. Lemus Capeller, "La trasnationalisation du champ pénal: réflexions sur les mutations du crime et du contrôle", en *Revue Droit et Société* n° 35, LGDJ, París, 1997.

[8] Delmas-Marty, *Trois défis…*, op. cit., p. 22.

En ese contexto se observa que, en materia penal, la armonización está desarrollándose de una forma (más o menos) explícita pero también, y más fuertemente, de una forma espontánea. En cuanto a la primera, la política criminal ha sido el objeto de varias declaraciones de los presidentes. La primera en 1991, en Brasilia, respecto del acuerdo para presentar una posición común en la conferencia sobre el medio ambiente que se realizó en Río de Janeiro en 1992. En esta declaración, los presidentes de los Estados partes del Mercosur se pusieron de acuerdo para proponer una armonización mundial de los delitos contra el medio ambiente (Declaración de Brasilia, del 17 de diciembre de 1991, punto 9).

Otra en 1997, donde los presidentes (los cuatro del Mercosur más los de Chile y Bolivia, estos dos últimos, países asociados) acordaron encargar a los Ministros de Justicia "[…] acelerar el proceso de armonización de las legislaciones de los países miembros del Mercosur y los países asociados en todas las áreas de la lucha contra el crimen organizado (narcotráfico, contrabando de armas, tráfico de precursores químicos, terrorismo, lavado de dinero y demás delitos conexos) […]" (comunicado conjunto de los presidentes de los países del Mercosur, Bolivia y Chile, Montevideo, 15 de diciembre de 1997).

Los temas ligados a la política criminal fueron posteriormente abordados con mayor frecuencia en los comunicados de los presidentes de los países del bloque. En efecto, la declaración al finalizar la cumbre de Florianópolis hace referencia a las políticas para combatir el racismo y se propone armonizar las legislaciones sobre armas de fuego (Florianópolis, puntos 9 y 14 del comunicado conjunto de los presidentes de los países del Mercosur, Bolivia y Chile, 15 de diciembre de 2000).

En Asunción, los presidentes vuelven a tratar el tema pero esta vez con mayor amplitud, y estas declaraciones son el reflejo de una mayor producción en materia de cooperación judicial y administrativa que en materia de armonización legislativa. En efecto, los presidentes reafirman la universalidad de los derechos humanos así como la importancia del desarrollo del Derecho Internacional Humanitario, vuelven a señalar la voluntad política de reprimir el crimen organizado, declaran su apoyo las estrategias de prevención de la corrupción puestas en marcha en el marco de la Convención Interamericana contra la Corrupción, de la OEA, y señalan la importancia de estrategias conjuntas en materia de tráfico de vehículos y de armas de fuego (Asunción, comunicado conjunto de los presidentes de los países del Mercosur, Bolivia y Chile, del 22 de junio de 2001, puntos 6, 8, 9, 13, 15 y 17).

En fin, luego de los atentados de septiembre de 2001 en los Estados Unidos de América, los presidentes también se declaran dispuestos a abordar la lucha contra el terrorismo internacional en el marco de las resoluciones del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas y del Comité contra el Terrorismo de la OEA (comunicado conjunto de los presidentes de los países del Mercosur, Bolivia y Chile, III Reunión Extraordinaria, Buenos Aires, 18 de febrero de 2002, punto 4).

Además de las declaraciones, cuyo contenido es estrictamente político, el Mercosur ha hecho uso de otros instrumentos con el objeto de armonizar las legislaciones

penales nacionales. Es el caso del *Protocolo de armonización de normas en materia de diseños industriales* (CMC/DEC. 16/98), cuyo artículo 19 establece que los Estados partes se comprometen a prever en sus legislaciones medidas judiciales efectivas y eficaces contra las infracciones a los derechos relativos a los diseños industriales, entre otras: "[…] acciones en materia civil y penal.".

Pero la armonización más importante en materia penal es, sin dudas, aquella que se opera de forma espontánea, utilizando los variados canales existentes por los cuales los juristas de los países del bloque comparten ideas y experiencias, gracias no sólo al proceso de integración en curso sino, sobre todo, a las necesidades de adaptar el sistema penal a las exigencias del Estado de Derecho. En efecto, los sistemas penales —incluyendo los poderes judiciales— de los Estados latinoamericanos han sido —al menos— cómplices de la estrategia de represión de las dictaduras militares de los años 60 y 70.[9] El retorno a la democracia representativa obligó a una reforma profunda de la justicia penal, la cual se está llevando a cabo, no sin dificultades, en la mayoría de los países de la región latinoamericana.

Este verdadero movimiento de política criminal concierne la reforma del estatuto de jueces y fiscales, y el proceso penal. En cuanto a lo primero, el objetivo es garantizar a los ciudadanos un juicio imparcial reforzando la independencia de la magistratura respecto del poder político. A este respecto, se observa la creación de consejos de la magistratura (por ejemplo en Paraguay, Bolivia o Argentina) e, incluso, de mecanismos de participación de los ciudadanos en la administración de justicia (particularmente importante cuando se trata de comunidades indígenas). Las reformas también alcanzan nuevos diseños para el ministerio público (en Paraguay, Chile, Bolivia, Argentina), cuya principal característica es la de instaurar una organización no dependiente de ninguno de los tres poderes del Estado y que es dirigida por un fiscal general para cuya nominación concurren varias autoridades, con el objeto de garantizar un acuerdo político amplio.

En cuanto al ámbito del proceso penal, el movimiento es todavía más visible. Las reformas que se han inspirado, inicialmente, en el Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica intentan desarrollar y profundizar, dentro del enjuiciamiento penal, los derechos contenidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) en vigencia desde 1978, particularmente en cuanto a los derechos de la defensa, la imparcialidad del tribunal y la presunción de inocencia. Una de las características de estas reformas que debe ser subrayada concierne la introducción de normas relativas a la diversidad cultural, una tendencia —todavía muy tímida— de las legislaciones nacionales, con el fin de tomar en cuenta el contexto cultural dentro del cual se ha cometido un hecho punible.

---

[9] Para mayor información, cf. A. Binder, *Política criminal: de la formulación a la praxis*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1997; y Wanda de Lemus Cappeller, *L'engrenage de la répression*, LGDJ, París, 1995.

Este movimiento, que comprende toda la región latinoamericana y caribeña, incluye algunos de los países del Mercosur, especialmente en cuanto se refiere a la reforma del proceso penal. En efecto, Paraguay, Chile, Bolivia y las provincias argentinas de Córdoba, Tucumán, Neuquén, Chubut y Buenos Aires (Argentina es un país federal donde cada provincia dicta sus propias normas de procedimiento penal) han transformado sus procesos penales en los últimos cinco años.

2. El fortalecimiento de la cooperación

En materia de cooperación policial, aduanera y judicial, los instrumentos jurídicos se han multiplicado con rapidez y las prácticas de las autoridades públicas se han acercado considerablemente. En cuanto a los primeros, los instrumentos jurídicos han tomado la forma clásica de acuerdos de Derecho Internacional Público entre los Estados; las segundas, en cambio, bastante más dinámicas, se han desarrollado en la forma de planes de acción común acordados entre los ministerios encargados de los asuntos interiores y luego adoptados por el CMC.

En cuanto a los instrumentos jurídicos de cooperación, que podríamos describir como de tipo clásico, los tres acuerdos más importantes en la materia son el Protocolo de San Luis de 1996, de asistencia jurídica mutua en materia penal, el Acuerdo de Recife para la aplicación de los controles integrados de frontera y el Acuerdo sobre extradición firmado en Río de Janeiro en noviembre de 1998.

El primer texto, el *Protocolo de asistencia jurídica mutua en materia penal*, reconoce en los considerandos que la cooperación en materia jurídica contribuye a profundizar la reciprocidad de intereses de los Estados partes en el proceso de integración y que la respuesta colectiva es necesaria por la grave amenaza que se manifiesta a través de modalidades criminales transnacionales, las pruebas respecto de las cuales radican frecuentemente en diversos Estados. El texto, originalmente previsto para los cuatro países fundadores del Mercosur, fue completado recientemente con el objeto de incorporar a Bolivia y Chile (CMC/DEC. 12/01).

El protocolo tiene por objeto regular la cooperación en materia de recepción y producción de prueba (documentos, testimonios, peritajes, registros, etc.), los procedimientos particulares para la localización de personas, el traslado de las personas sujetas a proceso penal, las medidas cautelares sobre bienes, la emisión y la ejecución de órdenes de captura o de citaciones, entre otros (artículo 2).

Los Estados pueden rechazar la prestación de asistencia si el requerimiento se refiere a un delito militar, tributario o político, si la persona concernida ya fue juzgada por el mismo hecho en el país requerido o si el requerimiento atenta contra el orden público o contra los intereses esenciales del Estado requerido (artículo 5). En cuanto al procedimiento a seguir, una autoridad única en cada uno de los Estados centraliza los requerimientos de asistencia (artículo 3) y ésta actúa con base en los pedidos de asistencia de las autoridades judiciales o del Ministerio Público del Estado requirente encargados del juzgamiento o investigación de delitos (artículo 4).

El *Protocolo de asistencia jurídica mutua en materia penal* llena un vacío, dado que, a pesar de la proximidad geográfica y cultural de los Estados partes, los acuerdos de cooperación entre ellos eran muy parciales e incompletos. Esto explica las reacciones favorables del medio judicial.[10] A pesar de las ventajas evidentes del protocolo, hay que lamentar, sobre todo, la importancia que se le ha dado a la autoridad central, aun más por el hecho de que las posibilidades de rechazar el pedido de asistencia son muy vagas y que las autoridades pueden postergar el cumplimiento del pedido si, según su opinión, éste puede constituir un obstáculo a un proceso en curso (artículo 9).

Una cooperación judicial horizontal habría sido preferible. Ésta permitiría a los jueces y fiscales comunicarse directamente entre ellos, ventaja que radica no sólo en el hecho de que simplifica el procedimiento, sino también porque evita la posible intervención del Poder Ejecutivo, intervención que puede revelarse, a veces, un obstáculo por estrictas razones políticas. El proceso de integración tendrá seguramente necesidad de sentar las bases de un espacio judicial común y horizontal entre los Estados partes.

El segundo instrumento citado, el Acuerdo de Recife de 1993 para la Aplicación de Controles Integrados de Frontera (CMC/DEC. 5/93), tiene por objetivo la instalación de sistemas únicos e integrados de control fronterizo, así como el desarrollo de la cooperación entre los Estados partes con el fin de prevenir la comisión de infracciones a las disposiciones vigentes y asegurar la asistencia recíproca para la investigación de esas infracciones (artículo 3). El Acuerdo crea áreas de control integrado de frontera y precisa el procedimiento que deben seguir los funcionarios de aduanas.

El Acuerdo de Recife se completa con el *Convenio de cooperación y asistencia recíproca entre las administraciones de aduanas del Mercosur relativo a la prevención y lucha contra los ilícitos aduaneros* (CMC/DEC. 1/97) y ha sido objeto de modificaciones recientes (CMC/DEC. 04/00) y de un Primer Protocolo adicional (CMC/DEC. 05/00). Este convenio profundiza y mejora los procedimientos de cooperación en la materia, simplificando los trámites de las autoridades nacionales, regionales o locales respecto a la producción de pruebas y a la comunicación de las informaciones pertinentes.

Debe destacarse que la comunicación entre las autoridades de los Estados partes es mucho más informal (artículo 8.1) en este convenio referido a la cooperación aduanera que en el procedimiento previsto en el *Protocolo de asistencia jurídica mutua en materia penal*, aun cuando este último es posterior. Cooperación horizontal y directa en materia aduanera (y, por cierto, también en materia policial), cooperación mediada por autoridades ejecutivas en materia de cooperación judicial es la relación desigual e inexplicable que la legislación del bloque ha creado.

---

[10] C. González, "El protocolo de asistencia mutua en asuntos penales y su virtual influencia en la agilización de los trámites extraditorios respecto a la legislación que actualmente nos rige", *Revista de Derecho del Mercosur*, n° 3-1998, La Ley, Buenos Aires.

El tercer instrumento de cooperación se refiere al *Acuerdo sobre extradición* adoptado en Río de Janeiro en noviembre de 1998 entre los cuatro países miembros del Mercosur y éstos con Bolivia y Chile (CMC/DEC. 14 y 15/98). Una vez más los Estados partes proclaman que la cooperación jurídica fortalece el proceso integración y que, en ese contexto, era necesario simplificar el trámite de los pedidos de extradición.

El acuerdo responde a los principios generalmente reconocidos por los instrumentos de este tipo. Los Estados se comprometen a entregar mutuamente a las personas requeridas según el procedimiento establecido en el acuerdo (artículo 1). Los hechos que autorizan la extradición deben estar previstos como delito sancionado con una pena de prisión de un mínimo de dos años (artículos 2 y 4) tanto en la legislación del país requerido como en la del requirente, aun cuando la calificación jurídica sea distinta.

En cambio, los Estados partes pueden rechazar el pedido de extradición cuando se trate de delitos militares (artículo 6) y en el caso de hechos punibles cometidos por menores (artículo 10). En cuanto a los delitos políticos, los Estados partes consideraron que, "teniendo presente la evolución de los Estados democráticos tendiente a la eliminación gradual de los delitos de naturaleza política como excepción a la extradición", era oportuno reducir considerablemente las posibilidades de rechazo por estos motivos.[11] El acuerdo señala, entonces, que por principio no puede otorgarse la extradición por un delito que el Estado parte requerido considere político, pero que no podrán considerarse como tales: el atentado contra la vida o la acción de dar muerte al jefe de Estado o a otras autoridades nacionales o locales o a sus familiares; el genocidio, los crímenes de guerra o los delitos contra la humanidad; y los actos de naturaleza terrorista que el acuerdo enumera (artículo 5).

Respecto de los límites de la extradición, el Estado requirente no podrá aplicar la pena de muerte a la persona extraditada ni tampoco la pena de prisión a perpetuidad. Si los hechos que originaron la solicitud de extradición son sancionados con estas penas en el Estado requirente, éste sólo está autorizado a aplicar la pena máxima prevista en el Estado requerido (artículo 13). Por último, los Estados se reservan, excepcionalmente, la facultad de rechazar el pedido de extradición sobre la base de razones de seguridad interior o de orden público (artículo 30).

En conclusión, se observa que la política criminal comienza a ocupar un lugar en el contexto de la integración regional. En cuanto a la armonización de las legislaciones, puede señalarse que los resultados más importantes no son atribuibles a una política planificada del Mercosur; y en cuanto a la cooperación, los ámbitos concernidos son muy variados, así como también lo son las técnicas utilizadas.

---

[11] Los Estados partes hacen, seguramente, referencia al Acta del Consejo de la Unión Europea del 27 de septiembre de 1996 que adopta la Convención relativa a la extradición entre los Estados miembros de la Unión Europea (96/C313/02), en JOCE n° C313, 23.10.1996, pp. 11 ss. La misma tendencia a reducir el concepto de delito político se observa en la Convención Interamericana contra la Corrupción, del 3 de marzo de 1996, artículo XVII.

A pesar de ello, es evidente que un proceso de armonización de las legislaciones y de las prácticas, la materia penal incluida, es necesario para fortalecer el proceso de integración, en la medida en que, otra vez, el trato igualitario de las personas y de los agentes del mercado dentro de la unión aduanera parece imprescindible para construir un mercado común. El mérito del Mercosur reside en el hecho de haber percibido que la armonización de los sistemas era indispensable aunque, al mismo tiempo, no parece haberla abordado todavía de forma planificada y comprensiva de la totalidad del problema.

En cuanto a la armonización de las prácticas, éstas han tomado formas más variadas y conciernen principalmente los procedimientos de autoridades administrativas para el control y la investigación de delitos. Estos instrumentos han tenido un importante desarrollo en estos últimos tiempos, como producto de las reuniones de los equipos técnicos de los ministerios del interior.

Entre los instrumentos dirigidos a armonizar prácticas se encuentra el *Convenio de cooperación entre los bancos centrales de los Estados partes del Mercosur para la prevención y represión de maniobras tendientes a legitimación de activos provenientes de actividades ilícitas* (CMC/DEC. 40/00). El objetivo del convenio es homogeneizar los procedimientos para la detección de maniobras de lavado de activos, intercambiar informaciones sobre el tema, establecer un sistema ágil de cooperación en la investigación de movimientos de activos y, en fin, compartir experiencias para impedir el blanqueo de capitales.

Más interesante aún es aquello que se refiere a la seguridad regional, ámbito —no puede dejar de mencionarse— donde en los años más tristes de la represión política las prácticas de represión ilegal y clandestina de las fuerzas de seguridad funcionaban con un alto grado de complejidad y eficiencia. Basta mencionar el tristemente célebre Operativo Cóndor, que era un sistema de intercambio de información entre los países del Cono Sur y de intercambio clandestino de prisioneros.

En efecto, ya enunciado en las CMC/DEC. 05/97 y 06/97 relativas a la cooperación y asistencia recíproca en materia de seguridad regional, los Estados partes han invertido importantes esfuerzos de coordinación en materia de seguridad. La técnica utilizada para esta coordinación es la de una sistematización y unificación de la información policial de los países del bloque, así como la elaboración de planes de acción.

En cuanto a la información, en el marco del Mercosur funciona actualmente el Sistema de Intercambio de Información de Seguridad del Mercosur, Bolivia y Chile (SISME), que fue puesto en funcionamiento con mucha dificultad e incluye importante información, entre otra, dirigida a recuperar vehículos robados que son puestos en venta en países limítrofes.

Otro ejemplo de intercambio de información es el *Plan de acción del Mercosur al combate de los ilícitos en el comercio internacional* (CMC/DEC. 03/01), cuyo principal objetivo es la creación de un banco de datos común para el comercio intra y extra bloque y establecer servicios de enlace entre las aduanas de los Estados partes.

No obstante, la política de coordinación más acabada está reflejada en el *Plan general de cooperación y coordinación recíproca para la seguridad regional* (CMC/DEC. 22/99), que se propone como objetivo "optimizar los niveles de seguridad comunitaria ante hechos delictivos en general, y en particular los que trascienden las fronteras, con el fin de lograr el desarrollo sustentable de la región" (artículo 2) y establece, para tres ámbitos de actividad, un sistema de objetivos y acciones comunes.

Para alcanzar estos objetivos, el plan se propone establecer los mecanismos para mejorar la asistencia recíproca y el intercambio de información entre los organismos de control, de seguridad y policiales; la ejecución simultánea y coordinada de actividades operativas; la implementación de sistemas informáticos y de comunicaciones comunes; así como mejorar la capacitación del personal.[12] El Plan crea, asimismo, las secciones nacionales, las cuales son las encargadas de asegurar la concreción de los objetivos y actividades señaladas en el plan.

Los ámbitos en los cuales recaen la coordinación y cooperación en materia de seguridad son los siguientes. El primero de ellos, que el plan llama el "ámbito delictual", describe acciones referidas al control del narcotráfico, el terrorismo, el tráfico de menores, el contrabando, el robo y hurto de automotores y el crimen organizado; un segundo aspecto señalado en el Plan es el "ámbito de ilícitos ambientales" y, finalmente, un tercero se refiere al "ámbito migratorio". El plan es objeto de mucha atención en las reuniones de los ministros del Interior del Mercosur, y ha sido modificado en varias oportunidades con el objeto de adaptar las acciones previstas a las primeras experiencias de terreno, aunque también esas modificaciones han sido objeto de alteraciones luego de los atentados del 11 de septiembre en los Estados Unidos de América.[13]

El escenario descrito, por demás dinámico y poco conocido, pretende demostrar que existe un movimiento en el cual los derechos nacionales inician un camino de armonización normativa y las prácticas, sobre todo de las autoridades administrativas que intervienen en el espacio de lo penal, se aproximan a través de la coordinación y la cooperación. No obstante, este desarrollo de que se dio cuenta opera en el nivel de cada Estado parte. Pero otro movimiento paralelo, cualitativamente distinto, también se anuncia.

---

[12] En este último orden, ha sido creado un Centro de coordinación de la capacitación policial de los países del bloque. Cf. CMC/DEC. 16/00.

[13] En efecto, el Plan fue "adecuado" a la nueva situación internacional respecto del terrorismo muy recientemente, ver CMC/DEC. 09/02. Otras modificaciones, algunas ligadas al control migratorio y de fronteras, se han hecho al Plan, como CMC/DEC. 13/01 (terrorismo, tráfico ilegal de migrantes, entre otros), CMC/DEC. 06/00 (tráfico de menores), CMC/DEC. 08/00 (ilícitos financieros), CMC/DEC. 10/00 (ilícitos ambientales), o también CMC/DEC. 12/00 (tráfico ilícito de material radioactivo).

II. El surgimiento de un campo penal supranacional

A diferencia del caso en que el Derecho Comunitario provoca el acercamiento de los campos penales nacionales gracias a la armonización y la cooperación, ciertos instrumentos normativos del Mercosur definen directamente infracciones y sanciones e incluso, en algún caso, crean el procedimiento y las instancias encargadas de aplicar dichas sanciones. En este último caso, la perspectiva cambia: los Estados, hasta el momento poseedores del monopolio de la creación del Derecho Penal, comparten ese papel con la institución supranacional. Se asiste el surgimiento de un campo penal nuevo, de carácter supranacional.

En este contexto, primero, se analizarán los instrumentos de Derecho Comunitario que crean un verdadero poder de sanción penal administrativo y, segundo, se describirán aquellos que definen normas penales, en sentido clásico del término, normas unificadas para la subregión.

1. El Derecho quasi-penal: los primeros pasos

La definición, por los órganos comunitarios, de infracciones y sanciones que deben aplicarse a conductas que se producen de una parte y de la otra de la frontera pero siempre dentro de la unión aduanera, marca un cambio cualitativo respecto de lo que se ha analizado hasta aquí.

Ejemplo de esto son el *Acuerdo sobre transporte de mercancías peligrosas* y el Protocolo de Fortaleza de 1996, relativo a la protección de la libre competencia.

Aunque ambos acuerdos se caracterizan por la definición única de infracciones y sanciones quasi-penales dentro de la unión aduanera, una diferencia importante los separa: la autoridad de aplicación. Mientras en el primer caso son las autoridades nacionales las encargadas de la aplicación del acuerdo, el segundo crea un órgano especial, comunitario, para aplicar el Protocolo.

El *Acuerdo sobre transporte de mercancías peligrosas* (CMC/DEC. 02/94) se aplica al transporte de este tipo de mercaderías entre los países del Mercosur; el transporte interno, en cambio, continúa rigiéndose por las leyes nacionales. Unos años más tarde, el CMC adoptó una norma complementaria (CMC/DEC. 8/97) incorporando una lista de infracciones y de sanciones con el objeto de hacer posible a los Estados partes la aplicación de las disposiciones del acuerdo.[14]

Esta norma define infracciones leves, graves y muy graves y un sistema de penas correspondiente a cada una de ellas (artículos 6 y 10). Si bien la descripción de las infracciones previstas excede el objeto de este trabajo, vale la pena analizar con más

---

[14] Es necesario subrayar que este acuerdo no es el único instrumento de este tipo. En efecto, la decisión Mercosur/CMC/DEC. 6/94, artículos 22, 23, 24 así como la decisión Mercosur/CMC/DEC. 2/91, artículos 25 y 26, ambas referidas al certificado de origen de los productos, también establecen sanciones administrativas comunes.

detenimiento el sistema de penas, descrito de forma bastante precisa. El acuerdo prevé tres tipos de pena: la multa, la suspensión del permiso (de transporte) y la caducidad del permiso (artículo 5).

Las infracciones leves son sancionadas con multa de US$ 500, las graves con US$ 3.000 y las muy graves con US$ 6.000. La multa es de aplicación acumulativa cuando se cometan simultáneamente dos o más infracciones de igual o diferente gravedad (artículo 11). La reincidencia (artículos 12, 13 y 14) también ha sido prevista y se aplica al caso del infractor que comete una nueva falta habiendo sido sancionado antes por otra infracción, dentro de un plazo no superior a un año, caso en el cual se le aplica la multa correspondiente a la falta inmediata superior. La suspensión del permiso puede alcanzar entre los 30 a los 180 días y está prevista para los casos de acumulación de sanciones; la caducidad del permiso, por su parte, sanciona la comisión de dos infracciones muy graves (artículo 14).

En fin, la encargada de determinar la sanción aplicable, en el marco de lo previsto en el Acuerdo, deberá tomar "en consideración la gravedad de la infracción cometida y sus circunstancias atenuantes y agravantes" (artículo 5). El acuerdo se preocupa igualmente de asegurar los derechos de la defensa,[15] al obligar a las autoridades de aplicación de cada país a hacer saber a sus homólogos de los otros Estados partes las normas y procedimientos para ser difundidos entre las empresas transportistas autorizadas (artículo 3).

El caso del Protocolo de Fortaleza (PF) es diferente de la norma anterior, ya que, por primera vez, los Estados miembros otorgan al Mercosur un poder propio de sanción.

El PF se aplica a los actos practicados por las personas físicas o jurídicas, de derecho privado o público, que tengan por objeto producir o que produzcan efectos sobre la competencia en el ámbito del Mercosur o que afecten el comercio entre los Estados partes (artículo 2), mientras que los actos que afecten la libre competencia dentro de los Estados son competencia exclusiva de cada uno de ellos (artículo 3).

El PF señala que constituyen infracción a las normas del Protocolo "independientemente de culpa, los actos, individuales o concertados […] que tengan por objeto o efecto limitar, restringir, falsear o distorsionar la competencia o el acceso al mercado o que constituyan abuso de posición dominante en el mercado relevante de bienes y servicios en el ámbito del Mercosur o que afecten el comercio entre los Estados partes" (artículo 4); la simple conquista resultante del proceso natural fundado en la mayor eficiencia del agente económico con relación a sus competidores no caracteriza una ofensa a la competencia (artículo 5).

---

[15] En un contexto en el cual las legislaciones nacionales de los Estados partes presentan diferencias importantes; cf. J. Salomoni, "Procedimiento administrativo y Mercosur; una aproximación a los principios emergentes de los distintos ordenamientos aplicables", en *Actualidad en el Derecho Penal Público*, n° 8, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1998.

Como puede observarse, el artículo 4 PF realiza un trato unitario de las infracciones ligadas a las prácticas anticompetitivas y a aquellas referidas al abuso de posición dominante, a diferencia del Tratado de la Comunidad Europea (TCE), que las trata separadamente (artículos 85 y 86). Sin perjuicio de ello, es evidente la influencia del Derecho europeo en esta materia. Por su parte, el artículo 6 PF enumera, a título indicativo, una lista de comportamientos anticompetitivos, donde la influencia europea se observa nuevamente, aunque el PF no prevé ninguna excepción parecida a la del articulo 85.3 del TCE.

Es pertinente subrayar que, cuando el PF fue adoptado por el CMC, el Derecho argentino preveía sanciones penales para los comportamientos anticompetitivos en el mercado interno, es decir, existía una distancia considerable entre el Derecho nacional y el comunitario. Por efecto de ello, podía darse una situación por demás absurda, puesto que una acción anticompetitiva que sólo tuviera efectos en el mercado interno era susceptible de provocar una sanción más gravosa que si la acción tenía efectos anticompetitivos en el mercado regional.

En efecto, las normas internas en cuestión eran la ley 22.262 de 1980 y el artículo 159 del Código Penal, que definían la competencia desleal y el abuso de posición dominante en términos bastante parecidos a los del PF. Sin embargo, podían observarse dos diferencias importantes: en primer lugar, el dolo es un elemento indispensable del delito en el Derecho argentino, por aplicación de las reglas generales del Derecho Penal, lo que excluye la posibilidad de una responsabilidad objetiva, en clara contradicción con el PF, que considera como posible el hecho de cometer esas infracciones "independientemente de culpa".[16] En este caso, el PF constituye un paso atrás considerable respecto del Derecho argentino,[17] aunque diferente es el caso respecto de la legislación brasileña, que admite la responsabilidad objetiva (ley 8.884/94). En segundo lugar, el Derecho argentino exige además que la actividad anticompetitiva provoque un perjuicio al interés económico general (ley 22.262, artículo 1) e incluso la jurisprudencia tuvo la oportunidad de pronunciarse a este respecto.[18] Por otra parte, al no admitir excepciones, el PF se convierte en una norma muy rígida, lo que le ha valido severas críticas.[19]

Sin dudas provocado, al menos parcialmente, por la evolución del Derecho Comunitario en esta materia, el Parlamento argentino sancionó una nueva ley que regula la competencia desleal y el abuso de posición dominante en el mercado. Se trata de la

---

[16] Cf. V. Caliendo P. da Silveira, *Defesa da concorrência no Mercosul*, LTr, San Pablo, 1998, p. 195.

[17] N. Spolansky, "Derecho penal, mercado competitivo y Mercosur", *Revista La Ley*, 29.9.1997, Buenos Aires.

[18] A. Gas SA y otros c/ Agip, 12/3/92, CN Penal Económica, sala II.

[19] L. Velazco San Pedro, "La defensa de la competencia en la UE y en Mercosur", en *Mercosur y la Unión Europea: dos modelos de integración económica*, Lex Nova, Valladolid, 1998.

ley 25.156 (BO 20.9.99), que extrae de la materia penal común estas conductas, para radicarlas en el ámbito estrictamente administrativo y civil y comercial. No obstante, en cuanto a las infracciones tipificadas, la ley argentina no hace mención de la responsabilidad objetiva (por lo que las normas comunes que exigen el dolo son de aplicación) y la afectación del interés económico general sigue siendo un elemento del tipo.

En cuanto al sistema de sanciones, las infracciones al protocolo son reprimidas con multa, con la prohibición de participar en el régimen de compras públicas y con la prohibición de contratar con instituciones financieras públicas de cualquiera de los Estados (artículo 28). Las sanciones comportan siempre la orden de cesación de la práctica anticompetitiva en cuestión, cuyo incumplimiento es sancionado con una multa diaria (artículo 27, § 1).

Respecto de la multa, para la determinación de la sanción se deben tener en cuenta tres criterios: el lucro obtenido con la práctica infractora, la facturación bruta o los activos envueltos en la operación (artículo 28, I). La decisión CMC/DEC. 02/97 incorpora un anexo al PF y precisa los montos de las multas, que pueden alcanzar hasta un 150% de los lucros obtenidos con la práctica infractora, hasta el 100% del valor de los activos involucrados o hasta el 30% del valor de la facturación bruta de la empresa en el último ejercicio, excluidos los impuestos. En todo caso, las multas no podrán ser nunca inferiores a la ventaja obtenida, cuando ésta sea cuantificable.

Las otras sanciones previstas, como se ha dicho, excluyen al operador económico del mercado de contrataciones con las instituciones públicas. Una sanción adicional puede ser aplicada por las autoridades nacionales: la de no conceder al infractor incentivos de cualquier naturaleza o facilidades de pago de sus obligaciones de naturaleza tributaria (artículo 28, § 1).

Con el objeto de determinar la sanción en concreto, la autoridad de aplicación del Protocolo deberá tener en cuenta la gravedad de los hechos y los daños provocados a la competencia en el Mercosur (artículo 29).

Es evidente que, respecto del Derecho argentino en vigencia en su momento, el PF fue muy innovador en cuanto a la variedad de sanciones previstas, no así respecto de la legislación brasileña, que contaba ya con una abanico importante de sanciones. La nueva ley argentina de defensa de la competencia se ha inspirado en el PF en materia punitiva (artículo 46, ley 25.156) y se encuentran allí actualmente las mismas sanciones descritas en el protocolo.

En cuanto a la autoridad de aplicación, el PF introduce un notable cambio en razón de la creación del Comité de Defensa de la Competencia (CDC). Siguiendo la misma lógica que toda la estructura del Mercosur, el CDC es un órgano intergubernamental compuesto por las autoridades nacionales encargadas de aplicar la legislación de defensa de la competencia en cada uno de los Estados partes (artículo 8).

En lo que se refiere al procedimiento, los órganos nacionales inician el trámite previsto en el Protocolo, de oficio o por la presentación fundada de una parte legítimamente interesada, y comunica el asunto al CDC, el cual decide, luego de un análisis

técnico preliminar, si realiza una investigación o si archiva el asunto, esto último, *ad referendum* de la Comisión de Comercio (CC). Si el CDC decide iniciar la investigación, debe establecer, para cada caso, las pautas para definir la estructura del mercado relevante, los medios de prueba de las conductas y los criterios de análisis de los efectos económicos de la práctica bajo investigación (artículo 14). Los órganos nacionales de aplicación realizan la investigación teniendo en cuenta las pautas definidas por el CDC y le presentan luego sus conclusiones (artículos 14 y 18).

Si la práctica anticompetitiva presenta riesgos de daño irreparable a la libre competencia, el CDC está autorizado a ordenar medidas preventivas, incluida la de poner fin a la práctica bajo investigación u ordenar volver al estado anterior. Si las medidas preventivas no son respetadas, el CDC puede infligir una multa a la parte infractora, *ad referendum* de la CC (artículo 13).

En cualquier momento del procedimiento, el CDC puede homologar un compromiso de cesación de la práctica bajo investigación sin que ello signifique confesión ni reconocimiento de la ilicitud de la conducta analizada (artículo 22). El incumplimiento del compromiso puede motivar una sanción de multa diaria. El monto de la multa diaria (artículos 23, 27 y 13) puede alcanzar hasta el 1% de la facturación bruta de la empresa en el último ejercicio (anexo PF, artículo 2).

El CDC, una vez que el procedimiento ha concluido, define la práctica infractora, establece la sanción a aplicar y eleva el asunto a la CC, que se pronuncia a través de una directiva. Si la CC no llega a un consenso sobre la cuestión, debe presentar las distintas alternativas al GMC. La falta de consenso en esta última instancia permite activar el procedimiento de solución de controversias del Protocolo de Brasilia, reemplazado actualmente por el Protocolo de Olivos. La autoridad nacional del domicilio del infractor es la encargada de aplicar la sanción dictada.

De esta forma, a través de la definición de infracciones y sanciones cuya investigación y ejecución corresponde a las autoridades nacionales, o a través de la creación de infracciones y sanciones cuya determinación corresponde, en cambio, a un órgano intergubernamental; el Mercosur se introduce en un área nueva, la del Derecho Penal, penal-administrativo o quasi-penal, según la denominación y clasificación variable que se puede encontrar en cada país.

En todo caso, se trata, por un lado, de una lista de comportamientos prohibidos que conllevan una sanción punitiva y que se caracterizan por su finalidad de prevención general y por su contenido aflictivo contra el autor de la violación.[20] Por otro lado, nótese que estas normas pretenden proteger un bien jurídico distinto, que tiene sus homólogos en los derechos nacionales, pero que exceden esos ámbitos territoriales; se trata de la protección de la seguridad del transporte y de la libre competencia

---

[20] G. Grasso, "Nouvelles perspectives en matière de sanctions communautaires", *Revue de Sciences Criminelles et de Droit Pénal Comparé*, 1993-265, París.

transfronterizos y dentro del Mercosur. Las mismas infracciones cuyos efectos lesivos se circunscriban al ámbito o mercado nacional continúan siendo de competencia de los derechos nacionales.

A pesar de estas novedades, los instrumentos hasta aquí analizados no han querido calificar estas infracciones de *penales*, a pesar del hecho de que en algunos de los Estados partes ciertos comportamientos eran, en ese momento, sancionados con penas de prisión (hasta 6 años en Argentina en la ley derogada). Ahora bien, resta analizar si el Mercosur, en cuanto órgano no nacional (intergubernamental, según el POP), puede producir normas penales, entendidas en el sentido clásico y restrictivo del término.

2. Un Derecho Penal del Mercosur, ¿es posible?

Hasta aquí han sido analizadas normas jurídicas comunitarias que establecen sanciones punitivas de carácter penal-administrativo en el ámbito del Derecho del transporte y de la competencia. Pero es muy diferente el caso cuando los Estados partes del Mercosur, a través de una norma jurídica del tipo que hemos analizado, deciden *unificar* la definición de los delitos y, al menos parcialmente, de las sanciones, para comportamientos que se encuentran ya definidos como delitos en el orden jurídico nacional.

Es el caso del contrabando, la defraudación aduanera y las declaraciones inexactas, comportamientos prohibidos por el Código Aduanero argentino (artículos 863 y ss.). En especial, el contrabando es calificado de delito y es sancionado con pena de prisión (de seis meses a ocho años). Ahora bien, como anexo al POP, se ha incorporado el Código Aduanero del Mercosur, que propone la unificación de las normas en la materia para todos los países del Mercosur, considerándolo como un único territorio aduanero. Este anexo contiene un título IX sobre las infracciones aduaneras y se definen las tres infracciones que acaban de ser mencionadas, con las sanciones aplicables.

El POP fue aprobado por el CMC en 1994[21] y aprobado también por los Parlamentos de los Estados partes. No tuvo la misma suerte, en cambio, el anexo que contiene el Código Aduanero del Mercosur, puesto que no ha sido aprobado todavía por todos los Estados partes, condición necesaria para su vigencia.[22] A pesar de ello, los Parlamentos no han rechazado el proyecto y éste continúa en estudio, al menos

---

[21] El hecho de que se trate de un protocolo no deja de tener interés, ya que los protocolos son parte integrante del Tratado de Asunción y, según la Constitución argentina, los tratados son superiores a las leyes (artículo 75, inciso 22). En consecuencia, las infracciones penales incorporadas en el protocolo no podrían ser modificadas ni derogadas posteriormente por la ley.

[22] Diferentes aspectos técnicos de este proyecto han sido objeto de críticas; uno de ellos es la introducción de normas penales en un instrumento de carácter comunitario. Se ha sostenido que los aspectos penales deben quedar reservados a la competencia exclusiva de cada Estado; cf. J. C. Vázquez, "El Código Aduanero del Mercosur y el delito de contrabando", *Revista de Derecho del Mercosur*, febrero de 1998, p. 158, La Ley, Buenos Aires.

formalmente, y no debe olvidarse que la idea de profundizar la unión aduanera persiste. El análisis es, por estas razones, aún pertinente, aunque debe recalcarse que se trata de una norma que no se encuentra todavía en vigencia.

El título IX comienza por enunciar los principios generales, en los cuales se establece que constituye una infracción "toda acción u omisión, voluntaria o involuntaria, que resulte de la inobservancia, por parte de la persona física o jurídica, de las normas establecidas en el este Código o en sus normas de aplicación" (artículo 156). Desde el inicio, el Código Aduanero del Mercosur, además de situarse desde el Derecho Penal clásico de imputación subjetiva personal, se aventura también a establecer el principio de la *responsabilidad penal de las personas jurídicas*, existente en materia aduanera en Argentina,[23] aunque también se ha señalado que la estructura de imputación para personas físicas es sumamente deficiente para establecer la responsabilidad penal de una persona moral.[24]

Las normas de imputación del Código Aduanero del Mercosur (artículo 165) también precisan la responsabilidad de los directores o de los representantes de las empresas. Acto seguido, se observa el principio según el cual *la "intensión" no es un elemento de la infracción*, principio que otras disposiciones posteriores reafirman (artículos 165.6 y 165.7) y que, esta vez, contradicen los principios en vigor en el Derecho argentino, aplicable incluso para el caso de las personas jurídicas. El Código establece, además, algunas normas generales de Derecho Penal tales como el *ne bis in idem*, la retroactividad de la norma punitiva más favorable o el principio *in dubio pro reo* (artículo 157).

Más adelante el Código define las sanciones y las normas aplicables (artículos 159 a 163). El legislador comunitario prevé distintos tipos de sanciones (artículo 159) que llama *penalidades* (también utiliza el sustantivo *pena*, por ejemplo en los artículos 160 y 167), tales como la multa, la pérdida de la mercadería objeto de la infracción, la pérdida del medio de transporte que conduzca la mercadería al momento de cometer la infracción, y admite que la autoridad aduanera aplique sanciones administrativas tales como las suspensiones o cesaciones temporarias o definitivas de los permisos de importación y exportación. El Código establece también las condiciones de prescripción de la acción y de las sanciones (artículo 161).

---

[23] Esta afirmación debe ser, sin embargo, relativizada, puesto que, en materia de infracciones aduaneras (que el Código equipara a contravenciones), se prevé la responsabilidad solidaria de las personas jurídicas respecto de los hechos de sus dependientes (artículo 903, Código Aduanero) y la pena de multa. No existe previsión alguna, en cambio, en cuanto al contrabando. La responsabilidad penal de personas jurídicas también existe, en Argentina, en materia cambiaria (ley 19.359), abastecimiento (ley 20.680) y en materia tributaria (ley 24.769).

[24] Cf. D. Baigún, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas (ensayo de un nuevo modelo teórico)*, Buenos Aires, Depalma, 2000.

En cuanto al contrabando, las diferencias entre el Derecho argentino y el proyecto de Código Aduanero del Mercosur conciernen, además de las ya analizadas referidas a la ausencia de "intensión" y a la responsabilidad penal de las personas jurídicas —ambos elementos previstos en la norma comunitaria—, el sistema de penas. En efecto, el Código Aduanero del Mercosur (artículo 167.1) introduce una serie de penas no conocidas para este delito en el Derecho argentino, a saber:

a. la pérdida de la mercadería objeto de la infracción;
b. la pérdida del medio de transporte que conduzca la mercadería en el momento de constatación de la infracción;
c. la multa del 100% del valor del vehículo, al responsable de la infracción, cuando éste no pertenezca al infractor y cuando se compruebe que el propietario no ha participado, activa o pasivamente, en la comisión de la infracción;
d. la multa de tres veces el valor de la mercadería en infracción cuando el valor de la mercadería en infracción fuera notoriamente desproporcionado al valor del vehículo sujeto a la pena de pérdida, y su propietario no sea reincidente específico; y
e. en todos los casos, se aplica acumulativamente, una multa del 30% del valor de la mercadería.

Finalmente, el Código agrega que la tentativa de contrabando es sancionada con las mismas penas que la infracción consumada (artículo 167.2) y que "las penalidades serán aplicadas sin perjuicio de lo que establezca la legislación penal de cada Estado parte" (artículo 167.3), lo que permite pensar que los Estados pueden imponer, además, penas de prisión.

Lo que se acaba de analizar es, sin dudas, la tentativa más acabada para unificar, no ya para armonizar, como lo anunciaba el POP, una parte del Derecho Penal de los Estados partes. Por el momento no es más que una tentativa pero que continúa siendo una opción que los Estados partes han considerado en el marco de la construcción de la integración regional.

Independientemente de la opinión que se tenga al respecto, la misma creación de una institución distinta de los Estados pero creada por Estados, como es el caso del Mercosur, ha hecho aparecer nuevos bienes jurídicos propios de la institución supranacional y distintos a los de los Estados partes. En efecto, si el Mercosur tiene un presupuesto autónomo, sus miembros tendrán interés de protegerlo de toda maniobra fraudulenta. En el mismo sentido, si el Mercosur cuenta con una burocracia propia, los Estados partes tendrán interés en proteger la institución subregional de posibles actos de corrupción de esos funcionarios.

¿Cuál es la repuesta más adecuada? ¿Cuál es el lugar del Derecho Penal en la integración regional?

* * *

A lo largo de este trabajo se ha intentado describir un fenómeno en curso: la internacionalización del campo penal, fenómeno del cual el Mercosur es un ejemplo que se observa también en otros lados. Este fenómeno no es nuevo si se examina, por ejemplo, la proliferación de los instrumentos de protección de los derechos humanos o la Corte Criminal Internacional. En cambio, sí resulta más innovador el surgimiento de un campo penal transnacional ligado a un espacio regional de integración económica.

En la experiencia europea, el Derecho Penal de la integración está experimentando un desarrollo importante, aunque de manera un poco desordenada. Se puede afirmar que, cuanto más se profundiza la integración, el Derecho Penal confirma más aún su presencia. En efecto, a partir del Tratado de Maastricht, uno de los tres pilares de la Unión Europea está reservado a la cooperación policial y judicial en materia penal.[25]

El Mercosur, conscientemente o no, parece avanzar sin dudar en esta misma vía, a pesar de las crisis ya cíclicas que sufre. De esta forma, el proceso de fortalecimiento del Mercosur proclama su decisión de integrar los campos jurídicos, los instrumentos de cooperación se multiplican y los primeros esfuerzos de armonización de las legislaciones dan sus frutos. Además de ello, en la medida en que su institucionalización se refuerza, la aparición de nuevos bienes jurídicos, esta vez propios del bloque económico y no de los Estados partes, parecería requerir una protección a través del Derecho, lo que hace surgir un nuevo centro de producción y aplicación de normas —supranacional— que a veces son normas penales.

Este trabajo no pretende más que describir un fenómeno y —ojalá— promover la discusión a este respecto; de ninguna manera pretende tratar todos los problemas que se plantean desde el Derecho Penal respecto de las normas analizadas. En esta línea de debate, y ligadas al fenómeno general de producción de normas por esta instancia supranacional, algunas reflexiones parecen pertinentes desde el punto de vista de la estructura institucional del Mercosur y respecto de la técnica que se está utilizando para la producción del Derecho Comunitario.

Respecto de las cuestiones institucionales, es necesario resaltar el desequilibrio existente entre la creciente capacidad de creación de normas y la baja calidad del *control democrático* de esa actividad, puesto que no existe ningún sistema de representación política directa de los ciudadanos de la subregión en las instituciones comunitarias. Este "déficit democrático", ya presente en la discusión europea, es todavía más chocante en el joven Mercado Común del Sur, donde es evidente que el Foro Consultivo Económico y Social y la Comisión Parlamentaria Conjunta no son suficientes para llenar ese vacío.

---

[25] Cf. S. Manacorda, "Criminalité économique et contexte international", en M. Delmas-Marty (bajo la dirección de), *Criminalité économique et atteintes à la dignité de la personne*, IV, Éditions de la Maison des Sciences de l'Homme, París, 1996.

El segundo desequilibrio que debe ser destacado se refiere a la distancia entre, una vez más, la creciente producción normativa y la ausencia de *control de legalidad*, puesto que los Estados partes han rechazado, durante un período prolongado, la idea de establecer una jurisdicción permanente que permita lograr una interpretación uniforme del orden jurídico comunitario. En efecto, los Estados partes decidieron, en un primer momento, implementar un sistema de solución de conflictos a través de un tribunal arbitral *ad hoc* (Protocolo de Brasilia), cuya constitución es siempre precedida de negociaciones diplomáticas directas.[26] Este sistema fue muy criticado, por cuanto la ausencia de seguridad jurídica provocada por la incertidumbre en la interpretación de las normas no favorece la profundización del proceso de integración.[27]

Las críticas parecen haber recogido ciertos frutos, puesto que el Protocolo de Olivos de febrero de 2002, que deroga el Protocolo de Brasilia, establece un sistema un tanto más ágil de solución de controversias y crea una jurisdicción arbitral permanente, el Tribunal Permanente de Revisión, compuesto de cinco árbitros y con sede en Asunción, ante el cual las partes pueden presentar un recurso ("limitado a las cuestiones de Derecho y a las interpretaciones jurídicas desarrolladas en el laudo")[28] contra una decisión del tribunal *ad hoc*. No obstante, las controversias son siempre precedidas de negociaciones diplomáticas y la legitimación para presentarse ante el tribunal continúa reservada a los Estados partes y no a los particulares, quienes deben presentar sus reclamos ante la Sección Nacional del GMC para que éste lo presente al GMC y el litigio se plantee.

En cuanto a los aspectos técnicos, parecería claro que el proceso de integración regional provoca un efecto de *expansión de los Derechos Penales nacionales*, ya que la aparición de nuevos bienes jurídicos merece —opinión que parece ser la de los Estados partes— una protección penal.

Respecto de la técnica jurídica empleada, los acuerdos y los protocolos al TA han sido, hasta el momento, los más utilizados en este ámbito, hecho que provoca la intervención del legislador nacional para incorporarlos al derecho interno. Sin embargo, otras normas que prevén sanciones penales-administrativas toman la forma de decisiones del CMC y son incorporadas al derecho interno por decretos del Poder Ejecutivo.

Siempre respecto a las cuestiones técnico-normativas, la forma como se describen las infracciones (y delitos) en los instrumentos comunitarios del Mercosur parece confirmar el pronóstico de Jesús Silva Sánchez, para quien "el derecho penal de la

---

[26] Las negociaciones diplomáticas se han mostrado muy eficaces, puesto que el tribunal arbitral sólo ha sido constituido ocho veces hasta la fecha. Cf. laudos arbitrales del 28.4.99 (comunicados DECEX), del 27.9.99 (carne de cerdo), del 10.3.00 (productos textiles), del 21.5.01 (pollos), del 29.9.01 (bicicletas), del 9.1.02 (neumáticos), del 19.4.02 (fitosanitarios) y del 21.5.02 (IMESI).

[27] Por todos, cf. J. Kleinheisterkamp, *Legal certainty in the Mercosur: The uniform interpretation of community law*, en *NAFTA: Law and Busines Review of the America*, otoño 1999.

[28] Protocolo de Olivos, artículo 17.2.

globalización y de la integración supranacional será un derecho menos garantista, donde las reglas de imputación relativizarán las garantías político-criminales, sustantivas y procesales".[29] El PF y el Código Aduanero del Mercosur, como se ha analizado, confirman esta tendencia, en especial por la previsión de la responsabilidad penal objetiva, que algunos de los países de bloque no conocen en su legislación penal nacional.

En otro orden, aun cuando haya sido ratificada por todos los países del Mercosur, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) no es mencionada en ninguno de los textos comunitarios. Es importante señalar a este respecto que el artículo 28.3 de la CADH establece que "cuando dos o más Estados partes acuerden integrar entre sí una federación u otra clase de asociación, cuidarán de que el pacto comunitario correspondiente contenga las disposiciones necesarias para que continúen haciéndose efectivas en el nuevo Estado así organizado, las normas de la presente Convención". En ese contexto, y teniendo presente que los órganos comunitarios han sido dotados de un poder de sanción, ¿el Mercosur podría ser considerado responsable de una violación a la CADH?[30] *A priori*, la respuesta sería negativa, ya que el Mercosur no es parte de la CADH. Los Estados partes, en cambio, podrían llegar a ser condenados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos por una posible violación al artículo 28.3 de la Convención.

En fin, el surgimiento de un orden jurídico supranacional y, más particularmente, de un derecho penal regional, reclama una profunda reflexión sobre la estructura institucional que ha sido creada, en especial, una discusión clara sobre el problema del control democrático y del control de legalidad. El proceso de integración debe, ciertamente, ser profundizado en el sentido de una mayor institucionalización, pero ésta sería incompleta si una integración política no comenzara a plantearse, incluso en la agenda de la sociedad civil, con el objetivo de alcanzar un nivel aceptable de legitimidad democrática.

El proyecto aún es joven y, quizás por esa razón, el modelo de integración que propone no ha sido bien definido todavía. Sin embargo, el Mercosur es un proyecto que merece ser profundizado, no sólo porque difícilmente los Estados partes puedan integrarse aisladamente, en condiciones razonables y dignas, a la economía mundial, sino porque es también una buena forma de deshacerse de fronteras artificiales que impiden reconocerse como parte de una herencia común, con problemas comunes que reclaman una solución conjunta.

---

[29] J. Silva Sánchez, "El Derecho Penal ante la globalización y la integración supranacional", en *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n° 24, 1998.

[30] Aun cuando se considere que el artículo 28.3 CADH no es de aplicación al Mercosur, éste tiene poder de aplicar sanciones y nada impide que los órganos del Mercosur violen, por ejemplo, las normas del debido proceso.

Jorge Antonio Giammattei Avilés (Nicaragua) *

La Corte Centroamericana de Justicia como tribunal constitucional de la Comunidad Centroamericana **

I. Introducción

La Corte Centroamericana de Justicia se constituye en el Protocolo de Tegucigalpa a la Carta de la Organización de Estados Centroamericanos (ODECA) —en adelante Protocolo de Tegucigalpa—, en el que se le atribuye, esencialmente en el artículo 12, la facultad de garantizar el respeto del Derecho, en la interpretación y ejecución de ese Protocolo y de los instrumentos complementarios y actos derivados de él.

En el referido Protocolo, en el artículo 1, se reconoce la existencia de una "comunidad económico-política" que aspira a la integración de Centroamérica; y, en el artículo 8 se establece con toda claridad: "El presente Protocolo modifica la estructura institucional de Centroamérica […]".

Por su parte, la Corte Centroamericana de Justicia, ante consultas que le fueron formuladas por el secretario del Sistema de la Integración Centroamericana (SICA) en cuanto al Protocolo de Tegucigalpa, resolvió a las 10:00 horas del día 24 de mayo de 1995 lo siguiente:

---

* Magistrado de la Corte Centroamericana de Justicia.

** Este trabajo fue presentado por el autor en ocasión del IX Encuentro de Presidentes y Magistrados de los Tribunales Constitucionales y de las Salas Constitucionales de América Latina, realizado por la Fundación Konrad Adenauer, la Universidad Federal de Santa Catarina y el Supremo Tribunal Federal de Brasil en Florianópolis del 2 al 6 de junio de 2002.

> El Protocolo de Tegucigalpa de 1991 es en la actualidad, el tratado constitutivo marco de la integración centroamericana, y por tanto el de mayor jerarquía y la base fundamental de cualquier otra normativa centroamericana sean éstos, Tratados, Convenios, Protocolos, Acuerdos u otros actos jurídicos vinculatorios anteriores o posteriores a la entrada en vigencia del Protocolo de Tegucigalpa […]
>
> Tanto los instrumentos complementarios como los actos derivados del Protocolo de Tegucigalpa, tienen una relación normativa de dependencia del mismo en la forma que ha sido señalada […]

Por lo tanto, el Protocolo de Tegucigalpa, tratado constitutivo marco de la integración centroamericana, el de mayor jerarquía y la base de cualquier otra normativa centroamericana, puede considerarse, a partir del contenido de la referida resolución, el tratado fundacional de la Comunidad Centroamericana, que se encuentra vigente para los Estados de Belice, Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua y Panamá, con una extensión, en conjunto, de aproximadamente 500.000 km^2 y una población de 40.000.000 de habitantes. Además, se encuentra en proceso la solicitud de incorporación de la República Dominicana.

Desde el momento de la vigencia del Protocolo de Tegucigalpa, en el que se reconoce la existencia de la comunidad económico-política de Centroamérica, se puede, con toda propiedad, empezar a hacer referencia a la *Centroamérica comunitaria*.

De lo expuesto se desprende una primera constatación: en una región geográfica determinada existen Estados que han decidido iniciar, continuar o pertenecer a una Comunidad de Estados a la que han delegado parte de sus facultades soberanas, y para continuar en ese proceso económico-político de integración han creado un Tribunal al cual, básicamente, atribuyen la facultad de garantizar el respeto al derecho en la interpretación y ejecución del Protocolo de Tegucigalpa y sus instrumentos complementarios o actos derivados de él.

II. Antecedentes históricos

Centroamérica, integrada originalmente por Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras y Nicaragua, emerge a la vida independiente en 1821, con su separación del Reino de España, y permanece unida por un pacto federal hasta 1838, cuando por diferentes razones y circunstancias deciden terminar con el pacto. A partir de ese año se dieron diferentes esfuerzos tendientes a su reintegración, sin mayor resultado, hasta el actual, en el que parece que los gobernantes han llegado a comprender que no existe alternativa viable de subsistencia digna frente al proceso de globalización en que nos encontramos inmersos.

Sin embargo, al referirnos a los antecedentes de la actual Corte Centroamericana de Justicia, se debe hacer mención, aunque sea brevemente, a su antecedente mediato: la Corte de Justicia Centroamericana de 1908 o Corte de Cartago, que se inició en una época en que nuestras naciones centroamericanas aún no lograban su plena identidad.

Apenas ocho años antes se había roto un pacto federal para tres de sus Estados y todos se debatían en reyertas caudillistas que parecía no tendrían fin.

A raíz de haberse logrado la paz entre Guatemala y El Salvador y la obtenida después de una breve pero cruenta guerra entre El Salvador y Honduras por una parte y Nicaragua por la otra, por iniciativa de los gobiernos de México y Estados Unidos se invitó a los gobiernos de Centroamérica a que enviasen sus plenipotenciarios a Washington para, en principio, lograr que fuera descartada la guerra y sus lamentables secuelas como solución de las disputas entre ellos; pero, después de no fáciles negociaciones, lo obtenido fue superior a lo esperado.

En efecto, durante los meses de noviembre y diciembre de ese año, además del Tratado General de Paz y Amistad, se firmaron las siguientes convenciones: Convención para el establecimiento de una Corte de Justicia Centroamericana, Convención de Extradición, Convención para el establecimiento de una Oficina Internacional Centroamericana y Convención sobre futuras Conferencias Centroamericanas. Como puede advertirse, realmente se estableció todo un sistema de relaciones entre los países centroamericanos que les permitiría resolver en forma pacífica cualquier diferencia que se presentase entre ellos.

Puede afirmarse, como lo hace don Manuel Castro Ramírez, magistrado de ese Tribunal:

> Con esos tratados […] la evolución que operó Centroamérica, fue portentosa, creando un derecho público internacional de rigurosa aplicación en las relaciones interestaduales y, en algunos aspectos, con acción en la esfera constitucional de un país, respecto a aquellos actos que involucran amenaza o peligro para el afianzamiento de las instituciones republicanas que rigen la vida de estos Estados.[1]

La Corte, para desarrollar su trabajo, preparó y adoptó su reglamento general, que determinó su organización interna, y su ordenanza de procedimientos, aunque mientras se promulgaba esta última —el 6 de noviembre de 1912, más de cuatro años después del inicio de sus funciones (25 de mayo de 1908)— tramitó las demandas incoadas conforme a los principios generales de jurisprudencia de aceptación universal y las fórmulas adoptadas por los tribunales de arbitraje.

Mas no es la forma como se organizó o los procedimientos empleados para resolver las disputas que se le plantearon lo que constituye su nota destacada. Es el hecho de haberse constituido en el primer organismo judicial internacional, permanente y obligatorio, en el que los particulares pudieran plantear demandas contra los Estados, lo que constituye su gloria.

Debe también destacarse una amplísima competencia, ya que las partes contratantes se comprometieron a: “Someterle todas las controversias o cuestiones que entre

---

[1] Manuel Castro Ramírez, *Cinco años en la Corte de Justicia Centroamericana*, San José, Costa Rica, Lehman, 1918, p. 13.

ellas pudieran sobrevenir, de cualquier naturaleza que fueren y cualquiera que fuera su origen", aun cuando el avenimiento diplomático no se hubiese podido lograr previamente. Como dice Carlos José Gutiérrez, hijo de un magistrado de ese Tribunal: "Ni antes ni después, una comunidad o grupo de países le ha dado a un tribunal internacional facultades tan amplias".[2]

Durante su vigencia, diez años que no fueron prorrogados, la actividad de la Corte, además de todos aquellos asuntos que resolvió no conocer, se concretó a decidir seis demandas de particulares contra Estados y tres entre Gobiernos. No debe extrañarnos esta aparente poca actividad dada la trascendencia de los asuntos que ahí se ventilaban, teniendo en consideración que la actividad de los tribunales internacionales mundiales nunca ha sido muy intensa. Entre 1922 y 1940 la Corte Permanente de Justicia Internacional de La Haya conoció apenas de 66 asuntos.

La finalización de las labores de la Corte obedeció a la razón fundamental de que uno de los países se negó a acatar el fallo pronunciado en el más destacado caso que le tocó resolver. Como consecuencia de ello, el Estado perdidoso denunció la convención creadora de la Corte alegando razones de índole económica, por lo que no podría continuar contribuyendo a su mantenimiento más allá del plazo de diez años establecidos para su funcionamiento.

Queden para las futuras generaciones centroamericanas sus características destacadas de ser el primer tribunal internacional de justicia permanente y obligatorio para el cual los particulares fueron considerados por primera vez como sujetos procesales activos; también las maravillosas y dignísimas sentencias pronunciadas en los casos de Costa Rica primero y El Salvador después, contra Nicaragua, con motivo del Tratado Bryan-Chamorro, firmado entre los Estados Unidos y Nicaragua, así como el noble propósito —ya que su competencia se lo permitió— de solicitar a los gobiernos de los Estados Unidos de América y México (con motivo de la incursión de Pancho Villa a la población de Columbus, Nuevo México y la correspondiente represalia ordenada por el presidente Woodrow Wilson al general Pershing para que le castigara dentro del territorio mexicano) que resolvieran sus disputas no por medio de la fuerza, sino mediante el uso de instrumentos jurídicos y ante tribunales previamente constituidos o mediante los buenos oficios de la misma Corte.[3]

Otro antecedente que debe citarse es el tribunal que se creó en ocasión de suscribirse por Guatemala, El Salvador, Honduras, Nicaragua y Costa Rica, la Carta de San Salvador, de 1951, que creó la Organización de Estados Centroamericanos (ODECA). Únicamente tres artículos de ésta (14, 15 y 16) se refieren a él. Este nuevo tribunal

---

[2] Carlos José Gutiérrez, *La Corte de Justicia Centroamericana*, Tegucigalpa, reproducción de tesis de grado por ODECA, 1957, p. 57.

[3] Humberto López Villamil, *La Corte Centroamericana de Justicia en la Política Internacional*, Madrid, Imprenta Juan Bravo, 1960, p. 186.

regional estaba compuesto por los presidentes de las Cortes Supremas de cada Estado, para reunirse y conocer asuntos que se le plantearan. De hecho nunca se reunió y tampoco se le presentaron solicitudes o demandas que lo ameritaran. Por otra parte, su competencia era voluntaria, no era permanente y no tenía asiento fijo. Ésta, como los demás organismos que conformaron la ODECA, hizo crisis con motivo de las dificultades surgidas entre Honduras y El Salvador en 1969 y quedó en suspenso hasta el día 13 de diciembre de 1991, cuando se suscribió el Protocolo de Tegucigalpa a la Carta de Organización de los Estados Centroamericanos.

III. Precedente europeo

Como es sabido, el punto de partida de la *Europa comunitaria* es la declaración de Robert Schuman, ministro de Relaciones Exteriores de Francia, de 9 de mayo de 1950, en la que, siguiendo las conclusiones a las que había llegado su principal asesor, Jean Monnet, expresó: "Europa no se hará de golpe ni en una construcción de conjunto; se hará mediante realizaciones concretas, creando primero una solidaridad de hecho". Para ello propuso "colocar el conjunto de la producción franco-alemana de carbón y acero bajo una alta autoridad común en una organización abierta a los demás países de Europa".

Sobre esta base se suscribió el Tratado de la Comunidad Europea del Carbón y el Acero (CECA), en el que se estableció un mercado común del carbón y el acero que implicó la supresión de los derechos de aduana y de restricciones cuantitativas a la libre circulación de los productos del carbón y del acero y la prohibición de medidas discriminatorias y de subvenciones o ayudas de los Estados a esos productos, de modo que fuera creado un régimen de mercado de libre competencia.

En esta breve exposición es conveniente destacar que, a diferencia de las *organizaciones de cooperación* que se habían desarrollado en las primeras organizaciones europeas, en el Tratado CECA se estableció una *organización de integración*. De las primeras es un ejemplo la Organización Europea de Cooperación Económica (OECE) y la Unión de Europa Occidental (UEO), entre otras, que se caracterizan, según Eduardo Vilariño Pintos,[4] como "aquellas en las que los Estados buscan, a través de confrontaciones y de discusiones permanentes, acuerdos libremente consentidos y se caracterizan por un aparato constitucional simple que comparta esencialmente un órgano formado por los representantes de los Estados". En cambio, en el Tratado CECA se estableció una *organización de integración*, la Comunidad Europea del Carbón y el Acero, con de poderes propios del mismo tipo de los que resultan de las funciones superiores del Estado, con un nuevo orden jurídico en proceso de desarrollo y un Tribunal de Justicia propio para la defensa de este ordenamiento.

---

[4] Eduardo Vilariño Pintos, *La construcción de la Unión Europea*, Madrid, Arco-Libros.

Según Guy Isaac, este Tribunal tiene "función de justicia constitucional en cuanto debe delimitar y defender las competencias respectivas de los Estados miembros y de las Comunidades, pero también en preservar el equilibrio de poderes en el interior de éstas".

También considera este autor, que actúa como Tribunal Constitucional cuando examina el actuar de las instituciones comunitarias en los límites de las atribuciones que les han sido confiadas. Puede anular los actos de una institución o sancionar una inactividad de las mismas que le sea solicitada, por cuanto, al igual que los Estados miembros, como actores constitucionales, éstas no tienen que justificar un interés.

De igual forma, dicho jurisconsulto estima que este Tribunal tiene función constitucional cuando resuelve conflictos entre la Comisión Europea, guardiana de los Tratados, y los Estados miembros acusados de incumplimiento.[5]

Por su parte Paolo Bianati y Federico Carpi estiman que el Tribunal ejerce su función jurisdiccional comunitaria en el cuadro constitucional de la Comunidad ("La giurisdizione comunitaria nel quadro costituzionale delle Comunità"), cuando ejecuta: a) una función de control de las instituciones comunitarias (sobre todo la Comisión, el Consejo y, en medida siempre creciente, el Parlamento), para asegurar que sus acciones sean ejecutadas en el respeto del Tratado y de la correcta normativa de la fuente normativa comunitaria; b) una función del acertado cumplimiento de parte de los Estados miembros, de las obligaciones derivadas del ordenamiento comunitario, y c) una función de complementación del ordenamiento comunitario, a través de la doble labor de enunciar los principios del ordenamiento y llenar las lagunas que necesariamente se encuentran en el ordenamiento comunitario.[6]

Hjalte Rossmussen, concluye:

> […] se puede decir que los autores de los tratados han contribuido aparentemente al establecimiento de un sistema judicial provisto de normas relativas al control jurisdiccional de la "constitucionalidad" y de la "legalidad", que en particular, salvaguardan los intereses de los Estados Miembros para acudir al Tribunal. A las instituciones comunitarias se les reconoció también amplios poderes para implicar al Tribunal de Justicia en las controversias sobre la constitucionalidad.[7]

También el profesor Carlos Francisco Molina del Pozo llega a la misma conclusión al afirmar:

> Las funciones de esta jurisdicción interna comunitaria atribuidas por los tratados y regidas por los Estatutos y el Reglamento de Procedimiento del Tribunal están basadas

---

[5] Isaac Guy, *Manual de Derecho Comunitario general*, 2ª ed., Barcelona, Ariel, Derecho, 1991, p. 219.

[6] Paolo Braciati y Federico Carpi, *Diritto Procesalle Comunitario*, 2ª ed., Editora Milano, Milán, 2000, p. 14.

[7] Comisión de las Comunidades Europeas, *Treinta años de Derecho Comunitario*, Bruselas, Perspectivas Europeas, Oficina de Publicaciones de las Comunidades Europeas, 1984, p. 169.

> en torno a la garantía del respeto del Derecho en lo que se refiere a la interpretación y aplicación de los propios tratados, y resultan una especial combinación de las que normalmente corresponderían a un Tribunal Constitucional, a una jurisdicción administrativa, a una jurisdicción civil, y a una jurisdicción internacional.[8]

Finalmente, don Gil Carlos Rodríguez Iglesias, actual presidente del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, manifiesta:

> La función del Tribunal de Justicia como Tribunal Constitucional de la Comunidad merece ser especialmente destacada […]
>
> Esta función se lleva a cabo a través de una pluralidad de vías procesales que no tienen un carácter exclusivamente constitucional, sino que también están destinadas a la realización de otro tipo de funciones. Por consiguiente no cabe hablar de funciones jurisdiccionales constitucionales del Tribunal de Justicia en sentido formal sino solo en sentido material […]
>
> […] Entre las funciones jurisdiccionales del Tribunal de Justicia, tienen claramente naturaleza constitucional el control de la conformidad de los tratados del derecho comunitario derivado, la garantía del equilibrio institucional, la delimitación de competencias entre la Comunidad y sus Estados Miembros, la protección de los derechos fundamentales y el control preventivo de la constitucionalidad —es decir de la conformidad con los Tratados— de los acuerdos de la Comunidad con terceros. [9]

IV. La Corte Centroamericana de Justicia como tribunal constitucional de la Comunidad Centroamericana

La idea de constituir una Corte Regional como Tribunal Constitucional de Centroamérica hay que remontarla a la Convención para el establecimiento de una Corte de Justicia Centroamericana, suscrita en Washington el 20 de diciembre de 1907. Dicha Convención incluía un "Artículo anexo" con el texto siguiente:

> La Corte de Justicia Centroamericana conocerá también de los conflictos que pueda haber entre los poderes ejecutivo, legislativo y judicial y cuando, de hecho, no se respeten los fallos judiciales o las resoluciones del Congreso Nacional.

Este Tribunal, en palabras de la World Peace Foundation:

> […] podía incluso tener jurisdicción en asuntos que involucraran las ramas principales de uno de los gobiernos si dicha legislatura decidía presentar el asunto, […] fue considerado por esa razón, entre otras, como el más sorprendente órgano judicial del mundo.[10]

---

[8] Carlos F. Molina del Pozo, *Manual de Derecho de la Comunidad Europea*, Madrid, Trivium, 1997, p. 271.

[9] Gil Carlos Rodríguez Iglesias, "El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas", en *El Derecho Comunitario Europeo y su Aplicación Judicial*, Civitas, Madrid, 1993, p. 396.

[10] World Peace Foundation, *Pampleth Series*, VII, Boston, 1917, p. 29.

Si bien debe destacarse que aún no se concebía el Derecho de Integración y el Derecho Comunitario, la creación de ese Tribunal puede considerarse como un anuncio de lo que se desarrollaría en Europa con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial.

No obstante la dificultad formal de hacer referencia como Tribunal Constitucional a la Corte Centroamericana de Justicia, en cuanto no existe una Constitución formal de Centroamérica o Constitución Centroamericana o Carta Fundamental Centroamericana, sí se puede afirmar que en la Comunidad Centroamericana se da el contenido básico de lo que se denomina Estado constitucional de Derecho, referido a la estabilidad del sistema que se ha establecido en el Protocolo de Tegucigalpa, el cual exige un mecanismo de control que asegure que la Comunidad misma, los Estados miembros, los órganos, organismos e instituciones de la Comunidad se mantendrán dentro de los límites de la normativa comunitaria que los rige, neutralizando las desviaciones de su funcionamiento y haciendo volver las cosas al nivel de su competencia.

Este mecanismo de control se confía a la Corte Centroamericana de Justicia, como lo establecen los artículos 12 y 35 del aludido Protocolo de Tegucigalpa y el artículo 3 del Convenio de Estatuto de la Corte Centroamericana de Justicia,[11] con lo que se crea una jurisdicción "suprema" que, junto con las funciones de justiciabilidad que caracterizan a los tribunales constitucionales y que se dan en la Corte Centroamericana de Justicia, hacen de ésta un auténtico Tribunal Constitucional.

En efecto, no actúa por iniciativa propia o de oficio, sino solamente a solicitud de partes legitimadas, y ejerce autorrestricción en los asuntos que permitan sus com-

---

[11] Protocolo de Tegucigalpa. Artículo 12. "Para la realización de los fines del SISTEMA DE LA INTEGRACIÓN CENTROAMERICANA se establecen los siguientes Órganos: […] La Corte Centroamericana de Justicia, que garantizará el respeto del derecho, en la interpretación y ejecución del presente Protocolo y sus instrumentos complementarios o actos derivados del mismo. La integración, funcionamiento y atribuciones de la Corte Centroamericana de Justicia deberán regularse en el Estatuto de la misma, el cual deberá ser negociado y suscrito por los Estados Miembros dentro de los noventa días posteriores a la entrada en vigor del presente Protocolo".

Artículo 35. "Este Protocolo y sus instrumentos complementarios y derivados prevalecerán sobre cualquier Convenio, Acuerdo o Protocolo suscrito entre los Estados Miembros, bilateral o multilateralmente, sobre las materias relacionadas con la integración centroamericana. No obstante, quedan vigentes entre dichos Estados las disposiciones de aquellos Convenios, Acuerdos o Tratados siempre que las mismas no se opongan al presente instrumento u obstaculicen el logro de sus propósitos y objetivos.

"Toda controversia sobre la aplicación o interpretación de las disposiciones contenidas en el presente Protocolo y demás instrumentos a que se refiere el párrafo anterior, deberá someterse a la Corte Centroamericana de Justicia".

Convenio de Estatuto de la Corte Centroamericana de Justicia. Artículo 3. "La Corte tendrá competencia y jurisdicción propias, con potestad para juzgar a petición de parte y resolver con autoridad de cosa juzgada, y su doctrina tendrá efectos vinculantes para todos los Estados, órganos y organizaciones que formen parte o participen en el 'Sistema de la Integración Centroamericana', y para sujetos de derecho privado".

petencias.[12] Los jueces, de conformidad con el origen de su nombramiento, mantienen su neutralidad frente a las partes y frente al objeto de litigio. Están dotados de independencia interna frente a sus propias convicciones e intereses, así como de los de sus países de origen, y de independencia externa frente a la Comunidad, Estados miembros, los órganos, organismos e instituciones de la Comunidad, así como de los medios de comunicación social, organismos internacionales y Estados o comunidades de Estados extrarregionales, para lo cual están provistos de las suficientes garantías de independencia e inamovilidad por un término que les asegure tranquilidad en el desempeño de su cargo.[13]

A este respecto son muy ilustrativos los siguientes párrafos de la Exposición de Motivos del Convenio de Estatuto de la Corte Centroamericana de Justicia:

---

[12] Convenio de Estatuto de la Corte Centroamericana de Justicia. Artículo 30. "Conforme a las normas antes establecidas, La Corte tiene facultad para determinar su competencia en cada caso concreto, interpretando los tratados o convenciones pertinentes el asunto en disputa y aplicando los principios del Derecho de Integración y del Derecho Internacional".

Ordenanza de Procedimientos de la Corte Centroamericana de Justicia. Artículo 4. "La Corte Centroamericana de Justicia tiene en los negocios de su jurisdicción la autoridad y atribuciones que expresamente le confieren su Estatuto; y, desde el momento que se inicie una demanda, posee la facultad de decidir sobre su competencia, interpretando los Tratados y Convenciones y aplicando los Principios del Derecho de Integración y del Derecho Internacional referentes al punto o puntos en cuestión".

[13] Convenio de Estatuto de la Corte Centroamericana de Justicia. Artículo 6. "La Corte representa la conciencia nacional de Centroamérica y se considera, además, depositaria y custodia de los valores que constituyen la nacionalidad centroamericana. En tal virtud, los Magistrados que la integran no podrán considerarse inhibidos del ejercicio de sus funciones por el interés que puedan tener, en algún caso o cuestión, los Estados de donde proceda su nombramiento".

Artículo 10. "Los Magistrados titulares y suplentes de La Corte serán electos por las Cortes Supremas de Justicia de los Estados. Los así electos, declararán solemnemente y bajo juramento prestado ante el Consejo Judicial Centroamericano, que ejercerán el cargo con justicia, imparcialidad e independencia".

Artículo 11. "Los Magistrados de La Corte desempeñarán sus cargos durante diez años y podrán ser reelectos. Los designados para un período continuarán en funciones hasta que tomen posesión de sus cargos los sustitutos".

Artículo 12. "Los Magistrados de La Corte y sus Suplentes sólo podrán ser removidos de sus cargos por las causales y el procedimiento establecido en el Reglamento y mediante decisión adoptada por el voto afirmativo de los dos tercios de los otros Magistrados".

Artículo 14. "En el ejercicio de sus funciones los Magistrados gozarán de plena independencia, inclusive del Estado del cual sean nacionales y ejercerán sus atribuciones con imparcialidad".

Artículo 15. "Los Magistrados no podrán desempeñar otras actividades profesionales, remuneradas o no, excepto las de carácter docente y se abstendrán de cualquier actuación incompatible con el carácter y la dignidad de su cargo".

> Se estima que para que la paz del Istmo sea duradera y permanente es necesaria la existencia de un control jurisdiccional que impida que los Estados puedan arrogarse derechos que no tienen, o convertirse en poderes arbitrarios nugatorios de toda justicia […]
>
> Las facultades que se le atribuyan con carácter excluyente, son jurisdiccionales. Se crea así un Órgano Supranacional que permitirá resolver los problemas propios del "Sistema de la Integración Centroamericana" en forma pacífica y civilizada […]
>
> La soberanía estatal, queda limitada por el sometimiento a la jurisdicción de La Corte, lo que implica que los Estados acaten sus decisiones […]
>
> La independencia y autonomía de La Corte, nace de la delegación de poderes que hacen los propios Estados; y, en ejercicio de sus funciones jurisdiccionales revisa y controla, mediante procedimiento judicial, los actos que ejecuten los Estados Miembros y los Órganos del Sistema de la Integración Centroamericana, que afectan los Convenios y Tratados Vigentes entre ellos […]
>
> Desde luego también tienen acceso a esta jurisdicción, las personas naturales o jurídicas afectadas en sus derechos, por actos de algunos de los Estados o de los Órganos del Sistema de la Integración Centroamericana.

Con base en los criterios o funciones de justiciabilidad y que caracterizan a los Tribunales Constitucionales, la Corte Centroamericana de Justicia, desde el inicio de sus funciones y dentro del límite de sus competencias, ha actuado como Tribunal Constitucional, al determinar la jerarquía que corresponde al Protocolo de Tegucigalpa con respecto al conjunto de tratados, convenios, protocolos, acuerdos y otros actos vinculatorios, anteriores y posteriores a la entrada en vigencia del referido Protocolo, y la relación normativa de los instrumentos complementarios o actos derivados (caso 3-4-95).

Lo mismo puede afirmarse, con relación al caso 4-5-95, en el que, con carácter ilustrativo y a solicitud de la Honorable Corte Suprema de Justicia de Honduras, resolvió cuál es el instrumento jurídico aplicable para establecer causas de incapacidad o incompatibilidad de los diputados al Parlamento Centroamericano.

En igual forma pueden señalarse los casos nº 5-1-8-95 y nº 1-4-2-96, relativos a determinar la validez y forma de la publicidad de los actos normativos del Sistema de la Integración Centroamericana (SICA) y sobre a quién, de conformidad con el Tratado Constitutivo del Parlamento Centroamericano y otras instancias políticas y su reglamento, como ex presidentes o ex vicepresidentes de los Estados miembros, debían ocupar el cargo de diputados al Parlamento Centroamericano.

Finalmente y para no hacer interminable esta exposición, refiero los casos nos 2-1-7-96, 4-1-12-96 y 5-29-11-99, en los que respectivamente se conoció sobre el anteproyecto de Reglamento Centroamericano para resolver controversias intrarregionales; a solicitud del Parlamento Centroamericano, sobre la competencia de la Corte de Constitucionalidad de la República de Guatemala en torno al artículo 27 del Tratado Constitutivo del Parlamento Centroamericano y otras instancias políticas; y, sobre el contencioso entre los Estados de Nicaragua contra Honduras por violación a la normativa y a los principios comunitarios centroamericanos.

En todos estos casos y otros que por razones de tiempo se omiten, la Corte Centroamericana de Justicia, ejerciendo una real jurisdicción constitucional, ha deli-

mitado y defendido las competencias de los Estados miembros y de la Comunidad Centroamericana, preservando así el equilibrio de poder entre los órganos de ésta. También, ha desarrollado una función de complemento del ordenamiento comunitario, a través de la doble función de enunciar los principios que se encuentran dentro del ordenamiento jurídico comunitario y llenando también las lagunas que inadvertidamente fueron dejadas en el ordenamiento antes referido.

En síntesis, en la Corte Centroamericana de Justicia se han cumplido a cabalidad los supuestos que los distinguidos juristas europeos que se han citado estiman propios de un Tribunal Constitucional y que desempeña el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, por lo que puede considerarse a la primera como el legítimo Tribunal Constitucional de la Comunidad Centroamericana.

V. Conclusiones

1. En los procesos de integración de Estados, se crean comunidades a cuyos órganos, organismos e instituciones, sobre la base de una solidaridad de hecho, los Estados miembros de la comunidad delegan facultades soberanas. Los órganos, organismos e instituciones han sido dotados de personalidad jurídica, para que actúen de conformidad con los objetivos, propósitos y principios de la Comunidad de la que forman parte.

2. Como órgano fundamental de la Comunidad creada y en busca de la seguridad jurídica que debe existir entre los Estados miembros, la comunidad, sus órganos, organismos e instituciones, así como para los particulares, es imprescindible la creación o existencia de un Tribunal que garantice el respeto al nuevo derecho en su interpretación y ejecución, por y para todos sus destinatarios.

3. El Tribunal Comunitario, por las características de su creación, la naturaleza del proceso de integración y las facultades que se le atribuyen, es realmente un Tribunal Constitucional de la comunidad creada.

4. En el caso de la Comunidad Centroamericana, la Corte Centroamericana de Justicia es un auténtico Tribunal Constitucional, ya que se le atribuye la facultad general, exclusiva y excluyente, de garantizar el respeto al derecho en la interpretación y ejecución del Protocolo de Tegucigalpa, sus instrumentos complementarios y actos derivados de él, cuyas resoluciones son vinculantes para los Estados miembros, la Comunidad Centroamericana, los órganos, organismos e instituciones de la comunidad y también para los particulares.

5. En la medida en que las decisiones de la Corte Centroamericana de Justicia sean respetadas y acatadas por todos sus destinatarios, el proceso de integración regional avanzará progresivamente en la búsqueda y realización de sus objetivos, fines y principios, y la Comunidad Centroamericana se fortalecerá y podrá actuar con mayor seguridad, fortaleza y respeto en el proceso de globalización universal.

Anexo
Jurisprudencia citada

Caso nº 3-4-95

[En conclusión, como resultado de las anteriores consideraciones, la Corte, en nombre de Centroamérica, emite la siguiente opinión:]

El Protocolo de Tegucigalpa de 1991 es en la actualidad, el tratado constitutivo marco de la integración centroamericana, y por tanto el de mayor jerarquía y la base fundamental de cualquier otra normativa centroamericana sean éstos, Tratados, Convenios, Protocolos, Acuerdos u otros actos jurídicos vinculatorios anteriores o posteriores a la entrada en vigencia del Protocolo de Tegucigalpa […]

Tanto los instrumentos complementarios como los actos derivados del Protocolo de Tegucigalpa, tienen una relación normativa en dependencia del mismo en la forma que ha sido señalada […] Hágase saber. (f) Jorge Giammattei A. (f) Rafael Chamorro M. (f) Roberto Ramírez (f) Adolfo León Gómez. (f) L. Valle López. (f) OGM.

Caso nº 4-5-95

De acuerdo a las razones expuestas y disposiciones citadas, en relación con el primer punto planteado en la consulta ilustrativa por el Supremo Tribunal de Justicia de Honduras, La Corte a nombre de Centroamérica, emite la siguiente opinión:

El hecho o acto que determina el inicio del periodo para el ejercicio de las funciones de los diputados del Parlamento Centroamericano, es la instalación solemne de dicho Parlamento, que debe realizarse el día veintiocho de octubre de cada cinco años, a partir del año mil novecientos noventa y uno, con base a lo dispuesto en el artículo 98 del reglamento del Parlamento Centroamericano aprobado por su asamblea plenaria, ejerciendo la atribución que le concede el artículo 10 letra f) del Tratado Constitutivo del Parlamento Centroamericano y Otras Instancias Politicas […]

Las reuniones o juntas preparatorias para la instalación solemne del Parlamento Centroamericano, PARLACEN, no pueden ser computadas como parte del periodo de los diputados que fueren electos conforme a lo dispuesto en el artículo 6 del Protocolo Constitutivo del Parlamento Centroamericano […]

Respecto al inicio y conclusión del periodo de los Diputados del Parlamento Centroamericano, PARLACEN, el instrumento inmediatamente aplicable es el reglamento aprobado por la asamblea plenaria del mismo en uso de la atribución que se le concede en la letra f) del artículo 10 y a lo que dispone el artículo 13, ambos del Tratado Constitutivo del Parlamento Centroamericano y Otras Instancias y sus Protocolos.

El instrumento jurídico aplicable para establecer causas de incapacidad o incompatibilidad de los Diputados al Parlamento Centroamericano, PARLACEN, es el Tratado Constitutivo del Parlamento Centroamericano y Otras Instancias Políticas a tenor de lo dispuesto en sus arts. 3 y 4 y sus Protocolos. y,

III. Hágase saber esta resolución a la Honorable Corte Suprema de Justicia de la República de Honduras. (f) Jorge Giammattei A. (f) Rafael Chamorro M. (f) F. Hércules P. (f) Roberto Ramírez (f) Adolfo León Gómez (f) Uriel Mendieta Gutiérrez (f) Langlois.

Caso nº 5-1-8-95

POR TANTO: La Corte Centroamericana de Justicia, en nombre de Centroamérica y con fundamento en la disposiciones legales anteriormente citadas, emite la siguiente opinión: I- La publicidad de los actos normativos de los Órganos e Instituciones del Sistema de la Integración Centroamericana, SICA, no es requisito esencial para la validez de ellos o de su existencia jurídica. II.- Los actos normativos obligatorios de los Órganos e Instituciones del SICA entran en vigencia en la forma o desde la fecha, plazo o término que expresamente se establezca en ellos orientados a cumplir con la obligación a que están sujetos tales órganos e instituciones. III.- Los órganos e instituciones del SICA deben remitir a la Secretaría General los acuerdos de carácter normativos que emitan para que tal entidad pueda cumplir su misión, pero en ningún momento tal envío tiene los efectos del "depósito" aceptados en el Derecho Internacional por ser de otra naturaleza. IV.- Los requisitos a seguir para la creación y funcionamiento del Diario Oficial del Sistema de la Integración Centroamericana como medio de publicidad para el cumplimiento del artículo 10 del Protocolo de Tegucigalpa, deben ser: a) Que la reunión de Presidentes, como máximo órgano del Sistema, acuerde su creación; b) Que el Secretario General del SICA elabore un Proyecto de reglamento que regule su forma y funcionamiento; y, c) Que dicho reglamento sea aprobado por el Comité Ejecutivo de acuerdo a. sus facultades. HÁGASE SABER. (f) Roberto Ramírez (f) Jorge Giammattei A. (f) F. Hércules P (f) Rafael Chamorro M. (f) L. Valle López (f) Adolfo León Gómez (f) OGM.

Caso nº 1-4-2-96

[…] La Corte Centroamericana de Justicia, en uso de sus atribuciones y en aplicación de los Artículos 22 letra e) y 24 del Estatuto de La Corte, Artículo 2º del Tratado Constitutivo del PARLACEN y Artículo 12º de su Reglamento; 56º de la Ordenanza de Procedimientos de esta Corte; EVACUA la siguiente Consulta presentada por el Parlamento Centroamericano (PARLACEN) en la forma siguiente: PRIMERO: Cuando el Tratado Constitutivo de Parlamento Centroamericano y Otras Instancias Políticas y su Reglamento, se refieren a la conclusión del mandato en los Artículo 2º y 12º, respectivamente, la palabra mandato dice del período constitucional que corresponde al Presidente de la República, señalado en la Constitución del Estado. SEGUNDO: En el caso de que el cargo de Presidente hubiere sido desempeñado por dos personas sucesiva o alternamente, el derecho a ocupar el cargo de Diputado en el Parlamento, corresponde al funcionario que hubiere concluido el período constitucional. Notifíquese.- (f) Roberto Ramírez (f) Jorge Giammattei A. (f) F. Hércules P. (f) Adolfo León Gómez (f) Rafael Chamorro M. (f) L. Valle López (f) OGM.

Caso nº 2-1-7-96

POR TANTO: La Corte Centroamericana de Justicia, por unanimidad de votos, en atención a lo antes expuesto; a que deben respetarse las resoluciones pronunciadas con anterioridad por la autoridad judicial competente, en aras de la seguridad jurídica que deben prevalecer en las actuaciones de los Organos, Organismos e Instituciones del Sistema de la Integración Centroamericana; en uso de su competencia, que le señala el Protocolo de Tegucigalpa, en el Artículo 35 y en aplicación de lo resuelto en la citada Consulta evacuada por el Consejo Judicial Centroamericano actuando como Tribunal Ad-Interim, en nombre de Centroamérica, emite la siguiente *Resolución:* PRIMERO: El "Anteproyecto de Reglamento Centroamericano sobre Procedimientos para Resolver Controversias en las Relaciones Intrarregionales", sometido a la Cuadragésima Segunda Reunión de Directores de Integración Centroamericana, celebrada en San Salvador del quince al diecisiete de mayo de mil novecientos noventa y seis, está en contradicción con: el "Protocolo de Tegucigalpa a la Carta de la Organización de Estados Centroamericanos (ODECA)", "Convenio de Estatuto de La Corte Centroamericana de Justicia", "Protocolo al Tratado General de Integración Económica Centroamericana (Protocolo de Guatemala)" y "Ordenanza de Procedimientos" de este Tribunal, en cuanto que contraviene las facultades y atribuciones de competencia exclusiva y excluyente de esta Corte Centroamericana de Justicia, así como de lo resuelto sobre la misma materia con anterioridad por el Consejo Judicial Centroamericano como Corte Centroamericana de Justicia Ad-Interim, en cuanto que su doctrina tiene efectos vinculantes para todos los Estados, órganos y organizaciones que formen parte o participen en el Sistema de la Integración Centroamericana y para sujetos de derecho privado, por lo que dicho Anteproyecto deberá ser retirado de la Agenda de Discusión de cualquiera de los órganos de la Secretaría de Integración Económica Centroamericana (SIECA) y estarse a lo resuelto en las anteriores consultas formuladas a este Tribunal. SEGUNDO: Se recomienda a las instituciones, organismos y órganos del Sistema de la Integración Centroamericana, que en todos los instrumentos complementarios y derivados, y actos derivados del Protocolo de Tegucigalpa, se incluyan disposiciones mandando someter a la Corte Centroamericana de Justicia, como la institución jurisdiccional del Sistema, los conflictos o controversias que en el desempeño de sus funciones se produzcan. TERCERO: Comuníquese la presente Resolución a las instituciones, organismos y órganos del Sistema de la Integración Centroamericana (SICA). Notifíquese. El insfrascrito Secretario General, *Hace Constar* que el Abogado Roberto Ramírez Ordóñez y el doctor Fabio Hércules Pineda no firman la presente Resolución de Opinión por encontrarse ausentes con permiso por motivo de salud. (f) JORGE GIAMMATTEI A. (f) ADOLFO LEÓN GÓMEZ (f) RAFAEL CHAMORRO M. (f) L. VALLE LÓPEZ (f) OGM.

Caso nº 4-1-12-96

POR TANTO: La Corte Centroamericana de Justicia, por unanimidad de votos, en nombre de Centroamérica, en aplicación de los Artículos 1, 2, 3 literal j), 4, literales g) h) e i), 6, 10, 12, 15 literal e) y 35 del Protocolo de Tegucigalpa y Artículo 4 de las Disposiciones Transitorias del referido Protocolo; 22 literal 3) y 30 del Estatuto de la Corte Centroamericana de Justicia; y, 31 de su propia Ordenanza de Procedimientos;

26, 27 y 47 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados; Artículos 46, 149, 150, 268 y 276 literales a) y e) de la Constitución Política de Guatemala; y por las consideraciones anteriores, emite la siguiente Resolución sobre la Consulta presentada por el Parlamento Centroamericano: PRIMERO: La Corte Constitucional de Guatemala tiene, de conformidad a su legislación interna, la competencia para pronunciarse sobre la inconstitucionalidad de una norma contenida en un Tratado Internacional, sin embargo no podrá oponer reglas de derecho interno o resoluciones definitivas de sus Tribunales para exonerar al Estado de Guatemala del cumplimiento de sus obligaciones contraídos en un Tratado Internacional, en este caso el "Tratado Constitutivo del Parlamento Centroamericano y Otras Instancias Políticas", y de las que se le imponen por ser parte del Sistema de la Integración Centroamericana, el que su propia normativa constitucional le ordena llevar a la práctica. Notifíquese. Se hace constar que el Magistrado Doctor Roberto Ramírez, no firma la presente resolución por encontrarse fuera del país por motivos de salud. (f) Rafael Chamorro M. (f) F. Hércules P. (f) Jorge Giammattei A. (f) Adolfo León Gómez (f) O. Trejos (f) OGM.

Caso nº 5-29-11-99

POR TANTO: La Corte Centroamericana de Justicia, en nombre de Centroamérica, por mayoría de votos, en aplicación de los artículos 1, 2, 3, letras f, g, h, i, j; 4 letras c, d, g, h, i; 6, 7, 9, 10, 11, 12, 35 párrafo 2 del Protocolo de Tegucigalpa; 1, 2, 3, 4, 5, 6, 22 letra c, 30, 31, 32, 33, 34, 35, 36, 37, 38, 39 y 40 del Convenio de Estatuto de la Corte Centroamericana de Justicia; y, 2, 3, 4, 5, 22, 23, 41, 42, 64 y 65 de la Ordenanza de Procedimientos, RESUELVE: I) Que el Estado de Honduras, al ratificar el "Tratado de Delimitación Marítima entre la República de Honduras y la República de Colombia", denominado "Tratado López-Ramírez", en la forma como lo ha efectuado y tal como se ha relacionado, ha infringido el Protocolo de Tegucigalpa a la Carta de la Organización de Estados Centroamericanos (ODECA), en sus artículos 3, letras f, g, h, i, j; 4 letras e, d, g, h, i; 6 y 7; II) Que como consecuencia de dicha infracción el Estado de Honduras incurre en responsabilidad; III) Que La Corte se abstiene de determinar la cuantía que en concepto de reparación se reclama por la responsabilidad incurrida, por no haberse aportado la prueba respectiva que hubiera permitido cuantificarla. Notifíquese. (f) Adolfo León Gómez (f) Rafael Chamorro M. (f) Jorge Giammattei A. (f) F. Hércules P. (f) O. Trejos S. (f) J. E. Gauggel (f) OGM.

Bibliografía

BRACIATI, Paolo y Federico CARPI, *Diritto Procesalle Comunitario*, 2ª ed., Editora Milano, Milán, 2000.

CASTRO RAMÍREZ, Manuel, *Cinco años en la Corte de Justicia Centroamericana*, San José, Costa Rica, Imprenta Lehman, 1918.

COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, *Treinta años de Derecho Comunitario*, Bruselas, Perspectivas Europeas, Oficina de Publicaciones de las Comunidades Europeas, 1984.

GUTIÉRREZ, Carlos José, *La Corte de Justicia Centroamericana*, Tegucigalpa, reproducción de Tesis de Grado por ODECA, 1957.

GUY, Isaac, *Manual de Derecho Comunitario general*, 2ª ed., Barcelona, Ariel, Derecho, 1991.

LÓPEZ VILLAMIL, Humberto, *La Corte Centroamericana de Justicia en la Política Internacional*, Madrid, Imprenta Juan Bravo, 1960.

MOLINA DEL POZO, Carlos F., *Manual de Derecho de la Comunidad Europea*, Madrid, Trivium, 1997.

RODRÍGUEZ IGLESIAS, Gil Carlos, "El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas", en *El Derecho Comunitario Europeo y su aplicación judicial*, Madrid, Civitas, 1993.

VILARIÑO PINTOS, Eduardo, *La construcción de la Unión Europea*, Arco-Libros, Madrid.

WORLD PEACE FOUNDATION, *Pampleth Series*, VII, Boston, 1917.

Jorge H. Lavopa (Argentina) *

Derecho Constitucional y procesos de integración. La integración en los estados federales del Mercosur. El caso argentino y brasileño**

I. Introducción

La integración regional, entendida como un fenómeno que vincula a los Estados no sólo económicamente, sino además social y jurídicamente, presenta diversos matices que merecen ser analizados en consideración con la forma de Estado adoptada por cada uno de sus miembros.

En el continente americano existen distintos bloques que persiguen objetivos similares aunque no idénticos. En tal sentido, el NAFTA tiene como premisa la conformación de una zona de libre comercio, mientras que otros bloques, como el Mercosur o la Comunidad Andina, aspiran a convertirse en un mercado común.

Lo dicho en el párrafo anterior no impide que puedan destacarse ciertas similitudes entre ellas. En el plano de la organización interna de los Estados que componen estos procesos de integración, es posible destacar que tanto en el Nafta como en el Mercosur, algunos de sus Estados miembros han adoptado la estructura federal. En el caso del Nafta esto puede observarse en los tres estados que lo integran: Canadá, los Estados Unidos y México, mientras que en el Mercosur constituyen ejemplos de lo mencionado Argentina y Brasil.

---

* Abogado. Profesor de Derecho Político, Constitucional y de la Integración de la Universidad de Buenos Aires y de la Universidad del Salvador. Director del Comité de Estudios de Asuntos Latinoamericanos del CARI. Subdirector del Instituto de Derecho Empresarial y Económico del Mercosur de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad del Salvador.

** El presente trabajo contó con la colaboración del investigador junior abogado Ariel Martins.

La adopción de la forma federal de Estado en estos países se encuentra consagrada en sus Constituciones, las cuales en menor o mayor grado han otorgan diversas competencias a sus unidades constitutivas (sean ellas estados o provincias), fijando el ámbito de subordinación, relación y dependencia con el gobierno central.

En este punto es necesario destacar que las competencias delegadas o reservadas por estas unidades revisten singular importancia en relación con la formación de los bloques regionales. Es sabido que, en todos los casos, los gobiernos centrales reciben por delegación o por propia reserva la potestad de celebrar tratados internacionales, entre los que cabe incluir a los de integración. Sin embargo, los textos constitucionales de manera legal y la realidad política, en forma dinámica, han reflejado un rol mucho más activo de los estados y provincias en el desarrollo de los procesos de integración. Basta señalar, en el campo jurídico, la competencia atribuida a las provincias y estados para celebrar tratados internacionales con naciones extranjeras. En este orden, las Constituciones de Argentina y Canadá así lo prevén expresamente.

En relación con la realidad política, existen numerosos casos de activa participación de estas unidades en distintas circunstancias y etapas, entre las que se pueden mencionar su actuación en el ítem constitutivo de los bloques regionales y la posición desafiante de alguno de ellos frente al gobierno central, en franca oposición a la naturaleza de dichos bloques. En el primer caso puede señalarse a las provincias canadienses que suscribieron conjuntamente con el gobierno de Ottawa el Tratado de constitución del Nafta. Al segundo caso corresponden las provincias de Argentina y estados de Brasil que durante el primer semestre de 2001 desafiaron abiertamente al Mercosur, debido a la denominada *guerra de subsidios* generada por diversos estados brasileños, que en razón de los beneficios fiscales ofrecidos provocó un éxodo de empresas argentinas al país vecino, con la consecuente reacción de los gobernadores de las principales provincias.

En virtud de lo expuesto, es necesario indagar cuáles son las características del federalismo adoptado en los Estados que conforman los bloques de integración. Esto requiere un análisis de las competencias constitucionales de cada uno de ellos (en el presente trabajo, las de Argentina y Brasil) y sus unidades constitutivas, para luego intentar comprender el ámbito de legalidad (o la falta de éste) sobre el cual implementan las políticas activas que en algunos casos los colocan en pie de igualdad con los gobiernos centrales, mientras que en otros los enfrentan con éstos en circunstancias que podrían llegar a ser calificadas (en un sentido riguroso) de secesionistas.

II. Las competencias de las provincias y estados descriptas en sus Constituciones

1. Argentina

La forma de Estado federal está consagrada en la Constitución nacional en varios artículos, entre ellos el artículo 1, que consagra la forma de gobierno representativa, republicana y federal; el artículo 5, que faculta a cada provincia para dictar sus

constituciones bajo el sistema representativo republicano, conforme a los principios, declaraciones y garantías de la Constitución nacional, asegurando la educación primaria, la administración de justicia y el régimen municipal. Sólo en estos términos el gobierno federal garantiza la autonomía de las provincias. Este artículo se vincula con el artículo 122, que las faculta a darse sus propias instituciones locales y regirse por ellas, a elegir sus gobernadores, sus legisladores y demás funcionarios de provincia, sin intervención del gobierno federal.

El artículo 31 establece el principio de supremacía de la Constitución y el orden de prelación de leyes que los gobiernos de provincia deberán respetar.

La intervención federal es una atribución del gobierno federal que podrá ser ejercida por decisión de éste cuando sea necesario garantizar la forma republicana de gobierno o repeler invasiones exteriores, o a pedido de las autoridades provinciales para sostenerlas en caso de peligro de su estabilidad o restablecerlas en caso de sedición o por invasión de otra provincia.

Con relación a las competencias otorgadas a la provincia, el artículo 121 les otorga todo el poder que no haya sido expresamente delegado al gobierno federal. Un análisis del plexo normativo de este artículo y del artículo 25 de la Constitución brasileña parecería concluir que “lo no delegado al gobierno nacional” es menos amplio que “lo no vedado por la Constitución”, máxime considerando el conjunto de competencias concurrentes otorgadas a la Unión y a éstos.

Las competencias delegadas a la nación están concentrados en su mayoría en el artículo 75. Entre ellas puede mencionarse: legislar en materia aduanera, establecer derechos de importación, imponer contribuciones indirectas en forma concurrente con las provincias y directas por tiempo determinado, fijar el presupuesto de gastos y cálculo de reservas, reglamentar la navegación de los ríos interiores, dictar la legislación de fondo, reglar el comercio con las naciones extranjeras, arreglar los límites del territorio nacional, proveer a la seguridad de las fronteras, aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y concordatos con la Santa Sede, aprobar tratados de integración que deleguen competencias y jurisdicción a organizaciones supraestatales en condiciones de reciprocidad e igualdad y que respeten el orden democrático y los derechos humanos, autorizar al Poder Ejecutivo a declarar la guerra o hacer la paz, fijar las fuerzas armadas, permitir la introducción de tropas extranjeras en nuestro territorio, etc.

A. El régimen tributario de coparticipación

El reparto impositivo de la Constitución asigna la competencia concurrente entre nación y provincia para imponer contribuciones directas, pudiendo el Congreso nacional legislar sobre éstas sólo por tiempo determinado, en forma proporcionalmente igual en todo el territorio de la nación, siempre que la defensa, la seguridad común y el bien general del Estado así lo requiriesen. En cambio, los impuestos indirectos internos se reconocen competencia concurrente entre el Estado federal y las

provincias. En relación con los impuestos directos, lo excepcional se ha vuelto habitual y permanente, ya que el Estado federal recauda impuestos directos desde la década del treinta. Un sistema de ley convenio ha disfrazado la anomalía. De esta manera, es poco lo que residualmente les queda a las provincias en materia tributaria, por cuanto lo que reciben en distribución en virtud del sistema de coparticipación no les alcanza para cubrir los gastos de los servicios a su cargo.

B. La reforma constitucional de 1994

La reforma constitucional de 1994 instituyó nuevas potestades a las provincias. Entre ellas, el artículo 124 las faculta a crear regiones para el desarrollo económico y social y a celebrar convenios internacionales en tanto no sean incompatibles con la política exterior de la nación y no afecten las facultades delegadas al gobierno federal o al crédito público, con conocimiento del Congreso nacional. La misma norma otorga el dominio originario de los recursos naturales a las provincias.

El artículo 125 autoriza a las provincias a celebrar tratados interprovinciales para fines de administración de justicia, de intereses económicos, para promover la industria, la inmigración, la introducción de nuevas industrias, la importación de capitales extranjeros.

Finalmente, el artículo 127 considera actos de sedición o asonada por parte de las provincias cualquier hostilidad de hecho, y les prohíbe expresamente declarar o hacer la guerra a otra provincia.

C. Teoría, normas y realidad del federalismo argentino

Explicar el federalismo argentino por medio de las normas consagradas en la Constitución nacional no sería congruente con un realidad que a priori se impone como centralizada en los hechos y la práctica, y federal solo en teoría.

El proceso federal argentino ha acusado indubitables rasgos de centralismo. El comportamiento federal ha reacomodado las pautas y las normas a favor de la centralización más que a favor de la descentralización; más a favor de la dependencia de las provincias que de la convergencia concertada; y se ha inclinado más a priorizar las competencias federales que a coordinarlas con las provinciales.

No obstante, es dable destacar que, desde 1991, todo el territorio argentino está compuesto por provincias, ya que han sido provincializados todos los territorios nacionales (el último fue Tierra del Fuego, en 1990). Asimismo, se observa que desde 1985 hasta 1993 se reformaron diez constituciones provinciales (la Constitución nacional sería reformada un año más tarde).

Estos últimos datos podrían ser indicios de un crecimiento de la federalización, aunque no es posible soslayar otros. A partir de 1930 se instauró el período de golpes de Estado militar, etapa de decadencia aún mayor de nuestro federalismo. En 1946 advino al poder el peronismo, con la carga de un presidente de fuerte liderazgo caris-

mático. Surgió un nuevo partido que amalgamó también al nuevo sindicalismo y a la clase trabajadora.

2. Brasil

El análisis de las constituciones de ambos países permite fijar el alcance de las competencias atribuidas a cada provincia argentina y estado brasileño respectivamente. Éste es el primer paso para comprender los fenómenos políticos suscitados, que generan perplejidad y desconfianza sobre el alcance y la fuerza del sistema del Mercosur.

La Constitución de la República Federativa del Brasil consagra la forma de gobierno representativa, republicana y federal. Su texto constituye un cuerpo normativo más amplio que la Carta Magna argentina, por cuanto contiene gran cantidad materias e institutos regulados que no se encuentran en la Carta argentina. A modo de ejemplo, se establece un minucioso desarrollo de las facultades y atribuciones de los municipios, del sistema de seguridad social, el sistema de contrataciones con el Estado, etc. La amplitud de su contenido se debe esencialmente a la existencia de un sistema de reforma constitucional por enmiendas más ágil y práctico que el fijado por el artículo 30 de la Constitución argentina.

El artículo 59 de la Constitución brasileña faculta al Poder Legislativo a redactar enmiendas, previa declaración de necesidad de realizar una reforma constitucional por medio de este instituto, que deberá ser propuesta por un tercio de los miembros de la Cámara de Diputados o del Senado, o por el Presidente, o por mayoría simple de las asambleas legislativas. Estas propuestas serán discutidas y votadas en cada una de las Cámaras. Está prohibido debatir sobre la modificación de la forma federal de Estado, el voto directo, secreto, universal y periódico, la separación de poderes y los derechos y garantías constitucionales. (en correlación con la imposibilidad de reformar la parte dogmática de la Constitución argentina).

La organización político-administrativa del Estado, en el artículo 18, título III, garantiza la autonomía de los estados brasileños, de su capital, Brasilia, y de los municipios. Fija la autonomía conforme a los términos establecidos en ella. Parecería entonces que el concepto —y más aún, la ideología— de *lo autónomo* se circunscribe a lo prescripto por la Constitución. Éste debería ser el punto de partida para tratar de comprender cómo se manifiesta esta autonomía en las competencias de los estados.

Las competencias de la Unión están descriptas en los artículos 21 y 22. En los artículos 48 y 49 se establecen competencias exclusivas del Congreso nacional, en concordancia con los artículos 21 y 22. El gobierno federal, por intermedio del Congreso nacional, conserva los derechos a mantener relaciones internacionales con Estados extranjeros celebrando tratados que establezcan compromisos gravosos al patrimonio nacional, a decretar o aprobar en su caso la intervención federal y suspenderla, a emitir moneda, organizar el Poder Judicial, legislar sobre la legislación de fondo, recursos naturales, sistema tributario, monetario, financiero y de distribución de ren-

tas, seguridad social, poblaciones indígenas, fuerzas armadas, demarcación de los límites y cuestiones limítrofes litigiosas (artículos 48 y 49). Estas competencias federales revisten carácter taxativo; constituyen un gran listado no exento de nuevas incorporaciones a través del sistema de reforma por enmiendas.

La intervención federal se encuentra incorporada en varios artículos, entre ellos el artículo 34, que la trata adoptando una fórmula negativa en razón de lo expuesto al comienzo de su texto. La Unión no intervendrá en los estados, salvo las siguientes causas excepcionales: 1) mantener la integridad nacional; 2) repeler una invasión extranjera; 3) la invasión de un estado sobre otro; 4) garantizar el libre ejercicio de cualquiera de los poderes de las unidades de la federación; 5) reorganizar las finanzas de un estado (cuando éste haya suspendido el pago de la deuda al gobierno federal durante dos años, salvo casos de fuerza mayor); 6) salvaguardar: a) la forma republicana y representativa de gobierno de los estados, b) los derechos de la persona humana y c) la autonomía municipal. En el caso del inciso 4, la intervención deberá ser solicitada por el poder legislativo o ejecutivo, si el primero estuviese impedido, o inclusive por el Supremo Tribunal Federal si la coacción fuera ejercida contra él. El decreto de intervención comprenderá la amplitud, el plazo y las condiciones de ejecución, y nombrará al interventor, cuya designación será sometida a la apreciación del Congreso nacional o de la asamblea legislativa del Estado. Cesados los motivos de la intervención federal, las autoridades retomarán el poder, salvo que estén impedidas legalmente. A su vez, los artículos 89 y 90 establecen como facultad del Consejo de la República (órgano de consulta del Presidente) la atribución de pronunciarse sobre la conveniencia de decretar la intervención federal.

Los municipios tiene enumeradas sus competencias taxativamente en el artículo 31.

Con relación a los estados, el tema es más complejo, ya que en principio existen competencias comunes a la Unión (gobierno federal), los estados y los municipios. El artículo 23 establece competencias comunes para defender la Constitución, las leyes y las instituciones democráticas, proteger el medio ambiente, preservar la flora y la fauna, fomentar la producción agropecuaria, promover programas de construcción de viviendas, combatir las causales de pobreza, entre otras, y dispone que será una ley complementaria la que fijará normas para la cooperación entre la Unión y los estados teniendo en cuenta el equilibrio del desenvolvimiento y el bienestar en el ámbito nacional.

El artículo 24 fija la materia de legislación común a la Unión, los estados y los municipios destacándose la legislación sobre derecho tributario, financiero, económico y urbanístico; el dictado de los códigos de procedimiento, protección de la infancia y la salud, etc. Conviene destacar que sobre estas facultades la Unión sólo podrá legislar por medio de normas generales, reservándose los estados la legislación, atendiendo a cada una de las peculiaridades que revista la materia dentro de su territorio.

Una primera reflexión deja al descubierto el gran poder de decisión que subyace en estas competencias concurrentes en los estados, dado que el Estado federal puede dictar normas de carácter general, estableciendo lineamientos que sólo serán operativos en el desarrollo y la incorporación a la normativa estadual. La competencia tributaria será oportunamente analizada.

El artículo 25 establece que "los estados se organizarán y regirán por las constituciones y leyes que adopten, siempre que se observen los principios de esta Constitución". A continuación declara: "son reservados a los estados las competencias que no les han sido vedadas por esta Constitución".

A. Sistema tributario

El sistema tributario, agregando más confusión a la distribución de competencias aludida, en el artículo 145 del capítulo I, título IV ("Del Sistema Tributario Federal"), otorga competencia conjunta al gobierno federal, a los estados y los municipios para instituir impuestos, tasas y contribuciones por mejoras, sin establecer ninguna clase de distinción respecto de cuáles impuestos corresponde instituir a la Unión y cuáles a los estados. A renglón seguido, el artículo 146 determina que una ley complementaria se encargará de la resolución de conflictos de competencia en materia tributaria, regulando las limitaciones constitucionales al poder de tributar y estableciendo normas generales en materia de legislación tributaria, especialmente sobre definición de tributos y sus especies, y las bases para su cálculo.

El artículo 150 fija las limitaciones al poder de tributar de la Unión, los estados y los municipios, entre las que se encuentran las prohibiciones: 1) de aumentar los tributos sin ley que lo establezca; 2) de instituir un tratamiento desigual entre contribuyentes que se encuentren en situación equivalente (razón por la cual los subsidios implementados por los estados brasileños nunca podrían tener como beneficiarios exclusivos a empresas argentinas); 3) de tributos confiscatorios; 4) de cualquier subsidio, reducción de base de cálculo, remisión de impuestos, tasas o contribuciones sin ley específica, federal, estadual o municipal, que regule las materias enumeradas.

El artículo 151 prohíbe a la Unión establecer tributos que no sean uniformes en todo el territorio de la república o que impliquen distinción o preferencia en relación con el estado, el distrito federal o los municipios en detrimento de otro, como asimismo otorgar exenciones de tributos de competencia estadual, del distrito federal o de los municipios.

El artículo 152 veda la posibilidad de que los estados, el distrito federal y los municipios establezcan diferencias tributarias a bienes y servicios en razón de su procedencia o destino (este artículo se relaciona con el inciso 2 del artículo 150).

Otro artículo que debe mencionarse es el 179, el cual otorga una facultad concurrente a la Unión, los estados, el distrito federal y los municipios de dispensar a las microempresas y a las pequeñas empresas un tratamiento jurídico diferenciado que significa simplificar sus obligaciones administrativas, tributarias y crediticias o directamente eliminarlas o reducirlas por medio de una ley al efecto.

Recapitulando: existen treinta funciones que envuelven a los poderes federal, estatal y municipal. Esto implica la existencia de una gran superposición que en forma vaga y difusa atribuye a la Unión las denominadas normas generales.

Asimismo, la Constitución no impide que el Estado federal delegue en los estados la competencia legislativa plena.

Las competencias indefinidas agravan los desequilibrios fiscales, aumentando las zonas de incertidumbre que impiden la distribución de responsabilidades. Esto genera una guerra tributaria del Ejecutivo nacional contra los gobernadores y el Congreso. Todos intentan recaudar más y gastar menos.

Los problemas de la federación podrían resumirse en dos campos:

– jurídico-económico, respecto de la distribución de competencias y la legislación fiscal, y
– jurídico-político, el cual está referido al sistema de gobierno y a la legislación electoral.

El tamaño del país, las disparidades económicas, sociales y políticas entre norte y sur contribuyen a agravar un problema que parecía ya resuelto.

El gobierno federal padece la falta de recursos y el exceso de funciones. Continúa empeñado en prestar servicios a los municipios para mantener su influencia política, ya sea a través de transferencias negociadas a cambio de apoyo electoral o a través de las negociaciones directas.

El Estado central se ve imposibilitado de realizar funciones de supervisión y control además de las de agente directo, responsable de administrar con su sistema burocrático.

La Constitución de 1988 promovió la descentralización beneficiando especialmente a los municipios y transfiriendo el impacto mayor de la crisis hacia el poder federal. El exceso de impuestos estimula la evasión fiscal.

El Estado se encuentra debilitado debido a la revolución tecnológica y a la integración de los mercados. Por un lado, el sistema internacional busca expandirse más allá de las fronteras; por otro, la integración de los mercados exige mayor autonomía y mejor gestión, fortaleciendo el poder local en detrimento del gobierno central. Estas dos "presiones" confluyen en el Estado central. Los efectos de la globalización se acentúan por la dimensión territorial del país. Según la posición del autor, cada estado debe funcionar como si fuera un "país" pequeño, cuyo dinamismo deberá desarrollar proyectos capaces de funcionar por sí mismos. El gobierno federal deberá coordinar esa tarea reduciendo las desigualdades sociales y promoviendo el equilibrio entre las regiones.

Esta sinopsis de la normativa constitucional del mayor integrante del Mercosur brinda el elemento necesario para evaluar los hechos concretos descriptos al comienzo de esta exposición. Sin embargo, es necesario extraer una idea y concepción concreta de lo que debe entenderse por *federalismo* y *autonomía* en Brasil, idea y concepción que en razón de las múltiples variables que reviste la Constitución brasileña

es más abierta y flexible —por sus vínculos e interrelaciones entre gobierno central y estados, por la concurrencia difusa de competencias entre ellos, por la amplitud extrema otorgada a las competencias de los estados (artículo 25)— que el concepto otorgado a las provincias en la Constitución argentina.

III. Autonomía de las provincias argentinas y de los estados brasileños

Los procesos históricos descriptos permiten una mejor comprensión de las causas político-sociales que gravitaron en la distribución de competencias en las Constituciones analizadas. De todas formas, no es conveniente limitar la presente exposición a lo expuesto.

Los elementos aportados permiten reflexionar sobre el sentido, el alcance de conceptos tales como autonomía, confederación y soberanía, y la diferente significación que reciben en cada país.

Admitiendo que las provincias argentinas y los estados brasileños son autónomos, resulta evidente que este concepto tiene en ambos casos alcances diferentes. En el caso de Brasil, la autonomía de los estados les otorga competencias para todo lo que no les esté expresamente vedado, sin perjuicio de las competencias concurrentes acordadas a éstos, la Unión y los municipios. La historia del Brasil es la historia de sus intereses económicos, la extensión del territorio, el poder económico-político y su descentralización en cuatro estados del sur poderosos y el resto pobre (principalmente los del norte). Otra variable de esta ramificación del poder político y económico ha sido la disminución (nunca extinción) del poder de gobernabilidad del gobierno central de Río de Janeiro en relación con estos estados caudillistas (si se permite el uso de la expresión)

Esta realidad histórica subyace en la idiosincrasia actual de los estados subordinados al gobierno de Brasilia. Es un sistema federal basado en la autonomía estadual, que la Constitución no clarifica en cuanto a su alcance, creando confusión en razón de la excesiva amplitud de competencias otorgada a los estados “autónomos” y la difusa atribución de competencias comunes, lo cual es causal de conflictos de competencias cuya repercusión excede el ámbito interno e incide sobre los países integrantes del bloque de integración.

Son los brasileños quienes consideran imprescindible poner orden en este desorden constitucional de atribución de competencias comunes. En este sentido el Dr. Astacia Camargo considera necesario reglamentar la ley complementaria a la que alude el artículo 23 de la Constitución brasileña. La previsión clara de distribución de funciones entre el gobierno federal, los estados y municipios impedirá lo que en la práctica se produce: la superposición de acciones del gobierno que generan ineficiencia, descontrol y déficit. El economista Roberto Campos ve una de las causales de la crisis en la Constitución de 1988, que descentralizó recetas sin descentralizar funciones y responsabilidades.

A esta altura de la exposición todavía no se ha precisado (categóricamente, aunque sí de hecho) qué se entiende por autonomía estadual en Brasil y autonomía provincial en Argentina. La Dra. Claudia Pessoa Santos y el Dr. Leonardo Noronha han formulado un esbozo de lo que debe entenderse por autonomía estadual en los términos de la Constitución brasileña. Destacan que la autonomía debe entenderse como una pluralidad de ordenamientos que reviste una organización propia de los centros de actividad jurídica, política y social, constituyendo una expresión de poder estatal. El estado miembro no es un mero ejecutor de los designios nacionales en el ámbito regional. Es un sujeto histórico, responsable de sus propios actos, y debe definir sus *modus operandi*, su estructura administrativa, las relaciones funcionales y organizacionales que le son inherentes.

La existencia de la Unión sólo es legítima cuando presupone un pacto federal consustanciado en la Constitución nacional, con la renuncia de cada estado miembro de la soberanía propia en pro de la soberanía conjunta.

El Estado federal presenta los siguientes caracteres invariables:

– división de poderes entre la Unión y los estados miembros, de modo que se establezca entre ellos un vínculo de coordinación e independencia;
– equilibrio de pluralidad como unidad;
– límites a la descentralización, de modo que se evite la disolución de la comunidad;
– preeminencia de la Constitución federal;
– sistema de distribución de competencias;
– composición del Congreso nacional por bancas provenientes de los estados.

Esta concepción de *lo autónomo* es análoga al significado lingüístico otorgado al vocablo en la Constitución argentina. Ante ello nos queda concluir que, mientras semántica y jurídicamente el concepto *autonomía* significa lo mismo en ambos países, en la práctica no posee el mismo alcance, y la razón de ello se encuentra en la existencia de sistemas federales con características dispares.

En Brasil la autonomía de los estados se ve sobredimensionada debido al dictado de un constitución "poco clara" en cuanto al sistema de reparto de competencias, sin soslayar la variable histórica que nos pone frente a la existencia de un regionalismo que a la luz de la conformación de un Estado federal se tiñó de federalismo pero nunca claudicó en su poder, debilitando a un poder central que en el pasado y en la actualidad tuvo problemas para ejercer un concreto y real control sobre los estados. Basta agregar en este sentido que la actitud de los gobernadores en la denominada "rebelión" es una manifestación de lo explicado hasta aquí, lo cual replantea el ejercicio de la autonomía estadual. Los actos de los gobernadores brasileños serían calificables incluso como actos de estados integrantes de una confederación, sistema que consagra la soberanía de sus partes integrantes, restringida sólo por la delegación de competencias en materia de relaciones internacionales y defensa. Los hechos descriptos al comienzo de la presente exposición parecen confirmar un accionar de hecho de estos estados en este último sentido.

En la Argentina se ha manifestado una tendencia contraria. Si bien la Constitución nacional ha sido generosa en su división de competencias (artículo 121), las provincias han visto sistemática y constantemente relegado el ejercicio de sus facultades por el centralismo que ha caracterizado desde siempre al país. Buenos Aires ha ejercido y ejerce el poder económico, financiero, cultural y social de la República, convirtiendo en un nominalismo muchos de los postulados federales de nuestra Constitución. Asimismo, las provincias han delegado excesivas competencias a la nación, en concordancia con el proceso histórico-político del país, descrito en este trabajo. La autonomía federal se reduce al plano organizacional, ya que en el operativo funcional impera un unitarismo *de facto* y también *de iure,* reflejado en la legislación que "tuerce" el sentido de la Constitución modificando las competencias provinciales.

IV. Conclusión

Una alternativa posible frente a la realidad del federalismo de ambos países podría estar dada por la adaptación del plexo normativo a la realidad, lo cual significa fijar parámetros claros de atribuciones sin dejar de considerar que la praxis operativa de los estados brasileños debe ser normatizada y encuadrado legalmente su accionar.

La posición y consecuente actuación de las provincias en su relación con el gobierno federal y, consiguientemente, con el proceso de integración ha sido mucho más cautelosa.

A través de lo analizado se ha intentado realizar una descripción comparativa jurídica sobre la distribución de competencias en las Constituciones argentina y brasileña, que, respecto al ejercicio fáctico de la forma federal de gobierno, concluye en la existencia de un marco normativo constitucional difuso en el caso de Brasil y nominal en el caso de Argentina.

Varias son las preguntas que surgen luego de analizar las competencias estaduales y provinciales, por un lado, y federales, por el otro. Una de ellas consiste en determinar cuál es el grado de legalidad que reviste la firma de un tratado de integración por parte de las provincias y estados, debido a que, como se recalcó al comienzo, ésta es una potestad que por reserva o por delegación expresa se encuentra en cabeza del gobierno central. La pregunta, que encuentra respuesta sencilla en términos normativos, no puede sin embargo deducirse de los hechos de la realidad, toda vez que nos remitimos al ejemplo sobre la firma del acuerdo del Nafta por los estados canadienses.

Se presenta otra interrogante al advertir que, dentro de un esquema federal de gobierno, sus células organizativas se encuentran representadas en un órgano del gobierno central: el Congreso nacional y, dentro de él, el Senado. Este cuerpo colegiado es aquel en el que los estados y provincias tienen su representación y a través del cual participan en la toma de decisiones que generan las normas de carácter general, que son aplicadas a todos los habitantes de la nación. Por ello no parece tener suficiente lógica jurídica la convocatoria a los gobiernos locales y a sus representantes para la

firma de un tratado de integración que ya ha sido aprobado por los legisladores de los estados y provincias, representantes en el Congreso o Parlamento nacional.

Otra inquietud se vincula con el cumplimiento de las disposiciones de los tratados de integración y el proceso de internalización de las normas existente en los Estados integrantes del Mercosur que adhieren a la teoría del dualismo en lo referido a la eficacia del derecho internacional. En tal sentido, un tratado de integración es un tratado de derecho internacional público. Una vez que ha sido aprobado y ratificado, aún debe ser internalizado en cado uno de los ordenamientos jurídicos internos de los Estados. Sólo luego de su internalización formará parte de la legislación nacional respectiva y su cumplimiento devendrá obligatorio para los estados y provincias. En consecuencia, nuevamente desde una perspectiva estrictamente jurídica, la obligatoriedad de una ley nacional que pone en vigor un tratado internacional parece revestir suficiente entidad como para obligar *per se* a las unidades constitutivas a cumplir con sus disposiciones.

Para concluir, cabe agregar que, sin perjuicio de las consideraciones de carácter jurídico vertidas en el presente trabajo, la realidad política ha dado acabada muestra de la existencia de todo un conjunto de atribuciones implícitas, difusas y de dudosa o al menos controvertida legalidad en cabeza de las unidades constitutivas de los Estados miembros de los bloques regionales, y en virtud de ello ha emergido una nueva temática de estudio que requiere ser abordada a través de un análisis profundo, acorde con la seriedad que reviste.